

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA
CAMPUS DE CACOAL
Departamento do Curso de Direito

**O INSTITUTO DA TRANSAÇÃO PENAL COMO INSTRUMENTO DE
DESPENALIZAÇÃO E SUAS IMPLICAÇÕES LEGAIS E
CONSTITUCIONAIS**

José Ricardo Zorzi

Cacoal-RO
Agosto/2008

JOSÉ RICARDO ZORZI

**O INSTITUTO DA TRANSAÇÃO PENAL COMO INSTRUMENTO DE
DESPENALIZAÇÃO E SUAS IMPLICAÇÕES LEGAIS E
CONSTITUCIONAIS**

**Trabalho de Conclusão de Curso,
apresentado à Universidade Federal de
Rondônia, *Campus* de Cacoal, como
requisito parcial para obtenção do grau
de bacharel em Direito, sob orientação
do professor especialista Nilton
Ladislau da Silva.**

**Cacoal-RO
Agosto/2008**

ZORZI, J.R.

O Instituto da Transação Penal como Instrumento de Despenalização e suas Implicações Legais e Constitucionais – 2007

Vii, 75f., enc.; 30cm.

Monografia – Fundação Universidade Federal de Rondônia – *Campus Cacoal*, 2007.

Bibliografia: f.74-76.

I-Título

PARECER DE ADMISSIBILIDADE DO PROFESSOR ORIENTADOR

O Acadêmico **JOSÉ RICARDO ZORZI** desenvolveu o Trabalho de Conclusão de Curso intitulado **O INSTITUTO DA TRANSAÇÃO PENAL COMO INSTRUMENTO DE DESPENALIZAÇÃO DE SUAS IMPLICAÇÕES LEGAIS E CONSTITUCIONAIS**, obedecendo aos critérios do Projeto de Monografia apresentado ao Departamento de Direito da Universidade Federal de Rondônia – UNIR, *campus* de Cacoal / RO.

O acompanhamento foi efetivo, observou-se no desenvolvimento do trabalho, todos os prazos fixados pelo Departamento de Direito.

Assim sendo, o acadêmico está apto para a apresentação expositiva de sua monografia junto à Banca Examinadora.

Cacoal, RO, 20 de agosto de 2008.

Professor Especialista Nilton Ladislau

JOSÉ RICARDO ZORZI

O INSTITUTO DA TRANSAÇÃO PENAL COMO INSTRUMENTO DE
DESPENALIZAÇÃO E SUAS IMPLICAÇÕES LEGAIS E CONSTITUCIONAIS

AVALIADORES

Prof. Especialista Nilton Ladislau da Siva	-	Nota
Prof.	-	Nota
Prof.	-	Nota

Média

Cacoal-RO
Agosto/2008

*Dedico a Deus, por me prover de
coragem e sabedoria necessárias à
superação dos obstáculos do
cotidiano;*

*À memória de meu pai José Zorzi
Filho pelo indisfarçável orgulho de
ser pai e confiar na realização dos
sonhos;*

*À minha esposa Silvana e meus
filhos Marina e Vinícius, esteios da
minha vida e cúmplices de minhas
aspirações. Amo Vocês.*

*Agradeço ao meu orientador
professor Nilton Ladislau da Silva
pelo incentivo e colaboração;
Aos mestres, professores que
envidaram esforços sem medidas,
instigando-me a pesquisar e
produzir, promovendo meu
amadurecimento intelectual e
pessoal;
Aos colegas de sala, pelo convívio
prazeroso de toda uma jornada, em
que compartilhamos conhecimentos,
alegrias e superações;
Aos familiares e amigos pela
paciente resignação em relação as
infindáveis horas de estudos
roubadas de seus convívios.*

Os ventos que, às vezes, tiram algo que amamos são os mesmos que nos trazem algo que aprendemos a amar. Por isso, não devemos chorar pelo que nos foi tirado. E sim aprender a amar o que nos foi dado. Pois tudo aquilo que é realmente nosso Nunca se vai para sempre.

Fernando Pessoa

RESUMO

ZORZI, José Ricardo. O instituto da Transação Penal como Instrumento de Despenalização e suas Implicações Legais e Constitucionais, folhas, Trabalho de Conclusão de Curso. Fundação Universidade Federal de Rondônia – *Campus Cacoal*, 2007.

O Estado, no cumprimento do dever de promover a pacificação social, vem criando mecanismos para aprimorar este mister. A Lei 9.099/95 é um dos instrumentos estatal destinado à consecução deste fim, proporcionando um processo de resultados pautado na agilidade e eficiência. O artigo 76 da Lei 9.099/95 prevê a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa nos casos de crime de menor gravosidade social. Denominada Transação Penal, esta proposta abrevia o trâmite processual e patrocina uma resposta estatal mais célere a uma extensa gama de casos posto à apreciação do Poder Judiciário. O presente trabalho tem por objetivo apresentar um estudo minucioso acerca do Instituto da Transação Penal. Aborda o tema sob ótica de eventual violação aos direitos fundamentais consistente no afrontamento a importantes princípios, como o devido processo legal e seus corolários – contraditório e ampla defesa, a presunção de não culpabilidade e legalidade entre outros, todos ícones das conquistas históricas da humanidade. Outro ponto relevante do estudo atine ao caráter despenalizador da transação penal. Avalia os efeitos e a natureza jurídica da sentença proferida em sede de transação penal. A análise desenvolvida ao longo do trabalho conduz ao entendimento de que o instituto da transação penal é extremamente útil ao ordenamento jurídico pátrio, ao passo revela a inadequação de sua aplicabilidade no caso concreto, nos moldes que nossa legislação apresenta. Apresenta as hipóteses ventiladas na doutrina que possam sanar estas irregularidades.

PALAVRAS-CHAVE: Lei 9099/95. Transação Penal. Despenalização. Devido Processo Legal.

ABSTRACT

ZORZI, José Ricardo. The institution of Criminal Transaction as a way of decreasing penalties and its Constitutional and legal implications, pages, Course Final Paper. Fundação Universidade Federal de Rondônia – Campus of Cacoal, 2007.

The State, to comply the duty of social pacification promotion, has created mechanisms to improve this objective. The Law 9099/95 is one of State's tools to reach this purpose, as it provides a procedure of results based on fastness and efficiency. The art.76 of the Law 9.099/95 provides the propose of immediate implementation of right's restrictive penalties or fine in cases of misdemeanor crimes. Called Criminal transaction, this proposal shortens the process and procedural State sponsors a faster response to a big range of cases that judiciary will trail. This paper aims to make a thorough study on the Criminal Transaction (plea bargaining). Talks its about the theme seeing the possibility of infringement of fundamental rights, came from disrespect of important principles such as due process of law and its corollaries. contradictory and wide defence, the presumption of innocence, among other icons of all historical achievements of mankind . Another important point of the study is the penalty's decrease character of criminal transaction. Evaluate the effects and the legal nature of the judgement in the criminal transaction. The analysis developed over the monography leads to understanding that the institute of Criminal transaction is extremely useful to the Brazilian criminal law, while shows inadequacy of its applicability in a case in the way that our legislation presents. It presents the chances studied by doctrine that can solve these deficiencies.

Key words: Law 9099/95. Penal Transaction (plea bargaining).Penalty decrease. Due Process of Law

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. A GÊNESE DA JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL.....	14
1.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TRANSAÇÃO PENAL.....	14
1.2 OS PROJETOS DE LEIS	20
1.3 SITUAÇÕES QUE ANTECEDERAM À LEI Nº 9.099/95.....	21
1.4 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A LEI FEDERAL.	23
1.5 POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDÊNCIA.....	24
2. PRINCÍPIOS NORTEADORES DA LEI Nº 9.099/95.....	27
2.1 APONTAMENTOS PRELIMINARES.....	27
2.2 PRINCÍPIO DA ORALIDADE.....	28
2.3 PRINCÍPIO DA SIMPLICIDADE.....	29
2.4 PRINCÍPIO DA INFORMALIDADE.....	30
2.5 PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL.....	31
2.6 PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL.....	31
3. TRANSAÇÃO PENAL.....	33
3.1 CONCEITO.....	33
3.2 NATUREZA JURÍDICA DA SENTENÇA.....	40
3.3 EFEITOS DA SENTENÇA.....	42
3.4 O CARÁTER DESPENALIZADOR DO INSTITUTO.....	43
4. INSTRUMENTO CONSENSUAL DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS PENAI.....	45
4.1 EFICÁCIA DA TRANSAÇÃO PENAL.....	45
4.2 REFLEXOS SOCIAIS	47
5. PROCEDIMENTO JUDICIAL DA TRANSAÇÃO PENAL.....	50
5.1 ARQUIVAMENTO E TENTATIVA DE TRANSAÇÃO PENAL.....	51

5.2 PROPOSTA DE TRANSAÇÃO PENAL.....	52
6. PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL.....	53
6.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	56
6.2 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	58
6.3 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO.....	60
6.4 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA.....	62
6.5 PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE.....	63
CONCLUSÃO.....	67
REFERÊNCIAS	71

INTRODUÇÃO

A evolução deste estudo demanda uma reflexão histórica na qual, em breve síntese, extrai-se que a concepção de Estado é fundada na hipótese dita contratualista, em que o Estado surge da necessidade de reduzir o nível de violência da vida em comunidade. Por conseqüência, surge o monopólio da força, centrado no poder conferido ao Estado, que permitiu o desenvolvimento da vida comunitária de forma mais pacífica. No decorrer dos séculos o ente estatal se agiganta reclamando mecanismos que possam limitar sua intervenção na esfera individual.

Neste cenário, nasce a concepção de Estado Liberal de Direito, impondo, por meio de leis, limitações à ingerência estatal na seara individual. Com o aperfeiçoamento do ideal democrático, estas leis passaram a refletir a vontade popular. Nasce o Estado Democrático de Direito, alavancando uma série de direitos e garantias fundamentais, alicerçado na primazia do indivíduo, base deste novo modelo de Estado. Este novo paradigma pode e deve ser voltado ao bem-estar social, sendo-lhe vedado qualquer ato atentatório aos chamados Direitos Humanos, cuja tradução positiva brasileira se encontra, de modo não taxativo mas em abundância, no rol de direitos e garantias fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil.

Mas é bem verdade que para suprir a segurança dos indivíduos não bastam a existência de direitos previstos, mesmo que num rol extenso e diversificado, se na prática sua efetivação não é verificada e, como se pode observar, hodiernamente, os direitos humanos sofrem maciçamente deste mal.

Doutro prisma, em nosso direito penal pátrio arvora-se uma questão delicada,

que consiste no fato de uma pessoa sofrer uma sanção penal sem que se proceda a cabal demonstração de sua culpa no eventual ilícito em questão, com total supressão da dilação probatória, mormente num Estado Democrático de Direito como é o Brasil, consoante o artigo 1.º da Constituição da República.

É cediço, historicamente, que o princípio do devido processo legal, em conjunto com seus corolários contraditório e ampla defesa, foi absorvido ao longo do tempo como sendo de positivação e efetivação obrigatórias pela humanidade, tudo isso em decorrência das violações aos direitos fundamentais verificadas na sociedade universal.

Trata-se de um mecanismo de defesa, fruto das atrocidades que ocorreram na Europa nos séculos passados, em que as pessoas eram submetidas a toda sorte de pena de maneira sumária, sem sequer serem ouvidas.

Neste contexto, o princípio do contraditório, encartado no artigo 5.º, inciso LV, da CR/88, configura relevante instrumento de segurança do indivíduo e de materialização da democracia do Estado, de sorte que descabe à legislação infraconstitucional qualquer forma de mitigação de seu significado histórico, bem como criar instituto que venha a violar a este e a outros direitos fundamentais assegurados aos cidadãos paulatinamente, ao longo dos tempos.

Na mesma linha de pensamento acima esposada, urge a necessidade de abordar o aspecto legal do instituto da transação penal, o que nos remete à outra base do Estado Democrático de Direito. A legalidade é instrumento de manutenção da estrutura dos poderes, bem como de sua legitimação, exercendo função de limitar o poderio estatal e promover efetivamente a democracia. Em sua compreensão histórica o princípio da legalidade tem o condão de coagir o Estado a atuar dentro de determinados limites, seja quanto ao momento em que é autorizada a intervenção, seja quanto à força da própria intervenção.

Partindo destas premissas, pautando-se em pesquisa teórica e buscando um encadeamento objetivo das lições colhidas, este estudo vislumbra trazer à lume os mais diversos posicionamentos sobre o tema, encontrados na doutrina pátria, tecendo uma análise do instituto da transação penal sob o enfoque da eventual

violação aos direitos fundamentais, bem como aprofundar a pesquisa no que tange ao seu caráter despenalizador e seus efeitos na sociedade contemporânea.

1. A GÊNESE DA JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL

1.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TRANSAÇÃO PENAL

A pena, em seu conceito mais amplo, originou-se em tempos remotos, sendo tão antiga quanto o surgimento da humanidade. Desta sorte, traçar uma evolução histórica é tarefa árdua, sendo que os avanços e retrocessos havidos comprometem a fixação de indicadores precisos e a narrativa cronológica de sua existência.

Contudo, é possível registrar que a busca por meios de punições alternativas na sociedade remontam históricos milênios, o que nos permite inferir que o embrião da Transação Penal, como também da prestação de serviços comunitários, permeiam boa parte da história da humanidade, conforme preceitua Sznick:¹

Traços dessa pena se encontram, consoante escreve Benedito Silvério Ribeiro, no ano de 2.050 a.C. na legislação de Ur-Nammu, rei da Suméria, que permitia já a prévia substituição por reparações patrimoniais ou de trabalho.

Nos últimos anos, a ascensão vertiginosa da violência associada à crise do

¹ SZNICK, Valdir. **Penas Alternativas**. 2. Ed. São Paulo: Leud, 1999, p. 145.

sistema carcerário foram molas propulsoras da busca por outros tipos de reprimenda, diversas da privação de liberdade, que do mesmo modo pudesse promover a recuperação e a reinserção do condenado no seio da sociedade.

Desta feita, era esperado de muito tempo, no bojo do Processo Penal Brasileiro, a elaboração de uma reforma que permitisse agilizar, minimizar os custos e conferir efetividade aos resultados das reprimendas impostas aos delitos. Pela lição de Sznick² é possível observar esta tendência;

A reinserção do condenado na sociedade coincide com a liberação dos métodos de repressão ao crime com maior respeito à pessoa do criminoso. Demonstrando que a prisão é um dos males atuais, incentivando, inclusive o aumento da criminalidade e da violência, chamam a atenção para as penas alternativas, pois estas se revestem de grande importância, por não só não causarem estigmas, mas se revestirem de caráter mais humano, de respeito à dignidade humana, e, assim facilitando, ao lado do baixo custo, a pronta e eficaz ressocialização do condenado.

Contudo, não podemos olvidar de que o Estado deve assumir sua obrigação primordial de promover a pacificação social, valendo-se dos recursos de coação de que dispõe para limitar os direitos individuais neste mister. Neste sentido é oportuno colacionar os ensinamentos de Oliveira³:

O Estado tem de recorrer à pena para reforçar as proibições, indicar o que é permitido e mostrar aos cidadãos que a observância aos mandamentos legais é absolutamente necessária para evitar, na medida do possível, ações ou omissões que ataquem as bases da convivência social. É a dosagem de vigor da pena que desperta na consciência de cada um o efeito inibidor da norma penal imperativa.

Esposando o entendimento de que o ente estatal não pode se furtar à aplicação da pena OLIVEIRA acrescenta com muita propriedade:

² SZNICK, Valdir. op. cit. p.47.

³ OLIVEIRA, Edmundo. **Política criminal e alternativas à prisão**. Rio de Janeiro : Forense, 1997. p.130.

Há que punir. Contudo, **para que a pena não seja aplicada a quem não cometeu infração** e para que somente o seja na medida conveniente a quem a praticou, é mister apurar fatos, ouvir pessoa, examinar documentos, fazer perícias, ponderar, julgar, no conjunto processual, com todas as garantias que tornam o processo criminal o hábil instrumento para se chegar à solução justa⁴ (grifamos)

O posicionamento do ilustre jurista coaduna com os preceitos encartados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também chamado de Pacto de São José da Costa Rica, ratificada pelo Brasil em 25.09.1992, *in verbis*:

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS

PARTE I

DEVERES DOS ESTADOS E DIREITOS PROTEGIDOS

[...]

CAPÍTULO II

DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS

[...]

Artigo 8

Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal;

b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação

⁴ OLIVEIRA, Edmundo. op. cit. p.88.

formulada;

c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa;

d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;

f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;

g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e

h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

Por sua vez, o Código Penal Brasileiro de 1940 sinalizou timidamente à política de descarcerização. Corroborando esta assertiva, recordem-se palavras da própria Exposição de Motivos firmada por Francisco Campos⁵:

Coincidindo com a quase totalidade das modificações modernas, o projeto não reza em cartilhas ortodoxas, nem assume compromissos impenetráveis ou incondicionais com qualquer das escolas ou das correntes doutrinárias que se disputam o acerto na solução dos problemas penais. Ao invés de adotar uma política extremada em matéria penal, **inclina-se para uma política de transação ou de conciliação.** (grifo nosso)

Este também foi o propósito que inspirou a comunidade jurídica brasileira que passou a propor alterações ao Código de 1940, colimando um processo de resultados que dispunha de instrumentos adequados à tutela dos direitos e permitisse assegurar a utilidade das decisões. .

Contudo, este mesmo *Codex* foi promulgado sob a égide da Constituição de

⁵ BRASIL, Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal de 1940.

1937, ambos inspirados na legislação italiana do início do século passado, refletindo um movimento de direito penal máximo, aclamado por alguns como movimento de lei e ordem. Nesse sentido, vislumbra-se que o cenário de toda a produção legislativa penal em ambas nações, nesse período, tinha como pano de fundo o facismo, expressão máxima do autoritarismo. Nesta conjuntura teve origem também o Código de Processo Penal brasileiro de 1941, cuja função do referido diploma legal não era outra senão a de instrumentalizar a aplicação deste direito penal autoritário. Neste panorama, muito elucidativa é sua Exposição de Motivos, pelo que é oportuna sua reprodução:

A reforma do processo penal vigente

[...]

II – De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinqüem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código.

Paralelamente, nas ultimas décadas, o sistema penitenciário brasileiro entrou em profunda crise, no âmbito da União e dos Estados-Membros, ganhando proporções caóticas que vêm projetando a nação brasileira no cenário mundial como palco de rotineiras e, no mais da vezes, monstruosas violações aos mais basilares princípios de direitos humanos, com estabelecimentos prisionais superlotados e notadamente ineficientes para suprir a demanda nacional.

Neste cenário, a solução consensual das controvérsias passou a ser cogitada como meio adequado de se conferir maior efetividade ao processo, destacando a instrumentalidade do sistema processual em relação ao direito material e aos

valores sociais e políticos da Nação. Neste sentido são os ensinamentos de Grinover⁶:

Por outro lado, a idéia de que o Estado possa e deva perseguir penalmente toda e qualquer infração, sem admitir-se, em hipótese alguma, certa dose de disponibilidade da ação penal pública, havia mostrado, com toda evidência, sua falácia e hipocrisia. Paralelamente, havia se percebido que a solução das controvérsias penais em certas infrações, principalmente quando de pequena monta, poderia ser atingida pelo método consensual.

Este conjuntura inspirou a idéia de que era indispensável a busca de outros meios para substituir a clássica pena privativa de liberdade, ao menos, a de curta duração. Pois ou o condenado é um delinqüente habitual e a condenação é totalmente ineficaz, ou então é um *delinqüente ocasional* e a condenação vai além do necessário.⁷

Dando guarida a estas tendências, a reforma penal de 1984 criou um elenco de alternativas à pena de prisão estabelecendo a *multa substitutiva* para as penas de até seis meses (artigo 60, § 2º, CP); *pena restritiva de direitos* para as penas inferiores a um ano ou para crimes culposos (artigo 44, I); *suspensão condicional* da pena para penas de até dois anos (artigo 77); “regime aberto” inicial para penas de até quatro anos (artigo 33, § 2º, c); regime aberto como terceira fase possível no cumprimento da pena de prisão; e, finalmente, “livramento condicional”, para as penas a partir de dois anos, com o cumprimento de apenas um terço da pena imposta ou metade da pena em caso de reincidência (artigo 83).

Este rol de alternativas permite asseverar que a pena privativa de liberdade foi rechaçada dos casos que não demonstrem necessidade de segregação, reservando o cárcere para os crimes de maior gravidade e para os delinqüentes que não se adaptem à outras modalidades de penas.

Brindando estas inovações do direito penal pátrio, a Lei Maior de 1988

⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini...[et al.]. **Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei nº 9.099, de 26.09.1995** – 3. ed. rev. e autal. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.32.

⁷ Giseppe Cesare Póla, apud Cesar Roberto Bitencourt. **Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão** – 3. Ed. rev. Ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.17.

inaugura um novo modelo de justiça consensual, insculpido no artigo 98, *caput*, inciso I, determinado que:

Artigo 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a *transação* e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

1.2 OS PROJETOS DE LEIS

Preliminarmente foi apresentado ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 1.480-A, 1989, apresentado pelo Deputado Federal Michel Temer, cujo objeto versava sobre o julgamento e a execução inerentes às infrações penais de menor potencial ofensivo. Porém, outros cinco projetos foram apresentados além deste. Deputado Jorge Arbage apresentou o projeto de nº 1.129/88; nº 1.708/89, do Deputado Manoel Moreira; nº 2.959/89, do Deputado Daso Coimbra; nº 3.883/89, do Deputado Gonzaga Patriota; e o projeto de nº 3.698/89, de autoria do então Deputado Nelson Jobim.⁸

A Comissão de Constituição e Justiça e de Redação emitiu parecer no sentido de que apenas os projetos de nº 1.480/89 e nº 3.698/89, eram garantidos de exatidão em seus dispositivos e o sistema adotado eram eficazes, de sorte que eram merecedores de aprovação. Aquele, denominado projeto Temer, cuidava com exclusividade da organização dos Juizados Especiais de natureza criminal. Este, o Projeto Jobim, tinha por objeto, concomitantemente, as matéria inerentes aos Juizados Cíveis e Criminais.

⁸ JESUS, Damásio E. de. **Lei dos juizados especiais criminais anotada** – 4. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 1997, p.26.

Diante destes fatos, a Comissão optou pela apresentação de um Substituto, o qual aproveitou os trabalhos de Jobim, na parte alusiva aos Juizados Cíveis, bem como o Projeto Temer, relativo aos Juizados Criminais, submetendo-o à discussão e aprovação do Congresso Nacional.

Um extenso parecer sugeriu diversas modificações no Projeto de Lei, ao ser submetido ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, porém, não foram acatadas, resultando na sua aprovação nos exatos termos da redação original.

1.3 SITUAÇÕES QUE ANTECEDERAM À LEI Nº 9.099/95

O pioneirismo da prática da Justiça Consensual pátria é atribuído ao Estado do Rio Grande do Sul, mais precisamente à Comarca de Rio Grande, onde foi instalado o Conselho de Conciliação e Arbitramento, de iniciativa da Associação dos Juizes do Estado do Rio Grande do Sul – AJURIS, por meio de proposta do magistrado Luiz Antônio Corte Real. A denominação popular atribuída à este Conselho o consagrou como Juizado de Pequenas Causas.⁹

Já nesta época as tentativas arbitrais e conciliatórias eram pautadas pelos princípios da oralidade, informalidade, celeridade e finalidade, posteriormente abrigados no bojo da legislação Estadual e Federal.

A bem sucedida experiência levou à implementação deste projeto em outras comarcas brasileiras, dando azo à introdução oficial do Juizado de Pequenas Causas Cíveis no Brasil, por meio da Lei Federal nº 7.244, de 07.11.84, como opção ao autor de demanda cujo valor patrimonial não excedesse à vinte salários mínimos.¹⁰

O inovador sistema de solução de litígios foi alvo de comentários elogiosos de

⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados Especiais Criminais: Lei nº 9.099/95** – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 18.

¹⁰ Ibid, p. 20.

diversos processualistas e as legislações estaduais passaram a criar o Juizado de Pequenas Causas, estendendo-o às Comarcas dos Estados.

Outra vez, rompendo os paradigmas tradicionalistas, antes mesmo do advento da Lei nº 9.099/95, os magistrados gaúchos já se valiam da transação criminal, ainda que outro tenha sido o entendimento da Corte Superior, como se extrai do julga *infra*:

Contravenção Criminal. Inexistência de trânsito em julgado, se a sentença é lançada com ofensa ao *due process fo law*, ao contraditório, à ampla defesa e não há forma de juízo. Desatendimento às normas procedimentais, sob pretexto de infração de menor potencial ofensivo. A criação e rito de juizados criminais especiais depende de lei federal, onde listadas as infrações de menor potencial ofensivo. Entendimento do Supremo Tribunal Federal. Concessão de *Habeas Corpus* de ofício. (Apelação Criminal nº295002034 do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, Rel. Dr. Tupinambá Pinto de Azevedo).

Muito oportuno é o relato de GIACOMOLLI¹¹ acerca da aprovação da proposta ocorrida no Primeiro Simpósio Nacional do Juizados Especiais de Pequenas Causas (Cíveis e Criminais), ocorrido na cidade de Curitiba em 1992, a saber:

“Até que se criem Juizados Especiais e de Pequenas Causas Criminais, e concomitantemente com estes, pode o juiz com jurisdição no crime realizar a transação prevista no artigo 98, I, da CR, quando o réu admite a culpa, há concordância das partes na aplicação desde logo de uma pena, podendo ser somente restritiva de direitos”

Neste horizonte, os Estados do Mato Grosso do Sul, Mato Grosso e Paraíba promoveram a criação dos Juizados Especiais Criminais, mesmo se antecipando à Lei nº 9.099/95, inclusive sendo a Lei sul-matogrosense muito mais abrangente que aquela. Ao ensejo, a Corte Suprema declarou inconstitucionais as legislações estaduais criadoras de Juizados Especiais Criminais antes do advento de Lei

¹¹ GIACOMOLLI, Nereu José. op. cit. p.21

Federal, consoante o julgado ora colacionado:

Habeas Corpus. Paciente condenado pelo Juizado Especial Criminal, criado pela Lei 1.071, de 11 de julho de 1990, do Estado do Mato Grosso do Sul. Alegada inconstitucionalidade do referido diploma legal, por não haver sido precedido da edição da Lei Federal prevista no artigo 98, I, da Constituição. Procedência da alegação. Precedente do STF (HC nº71.713). Processo Criminal que, em consequência, padece de nulidade, *ex radice*. *Habeas Corpus* deferido. (*Habeas Corpus* nº 72.9304 – Mato Grosso do Sul. Relator Min. Ilmar Galvão.)

Por óbvio, esta situação fática contribuiu, sobremaneira, para acelerar o processo legislativo que conduziu à criação da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

1.4 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A LEI FEDERAL.

A Constituição da República de 1988, com as regras constantes de seu artigo 98, inciso I, determinou a criação dos Juizados Especiais Criminais, ao passo que abriu caminho para a concretização, no Brasil, da tendência globalmente verificada de submissão consentida à pena, por meio de um procedimento abreviado que veio a engrossar o leque de operação do sistema penal. Esta inovação veio a expandir a rede de controle social e favorecer a assinalada ampliação do poder do Estado de punir.¹²

A par de dar cumprimento ao texto constitucional era necessário, antes de mais nada, a promulgação de lei federal. É o que se extrai do próprio dispositivo constitucional, considerando que o objeto da lei em questão envolveria, indubitavelmente, um cunho material, vez que a norma permitiria a transação e regularia seus efeitos penais. Este fato, aliado a exegese do artigo 22, inciso I da Constituição da República, que atribui competência privativa à União para legislar

¹² KARAM, Maria Lúcia. **Juizados especiais criminais: A concretização antecipada do poder de punir;** prefácio Alberto Silva Franco. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 34

em matéria penal e normas processuais, autorizou lei federal a estabelecer normas gerais de processo e procedimento para conciliação, julgamento e execução das referidas infrações.

Do exposto, fica claro então, que lei federal deveria conter normas materiais, bem como regras gerais de procedimento e, ao menos, normas gerais de processo, isto, em consonância com a interpretação que se desse à aplicabilidade às infrações penais de menor potencial ofensivo, encartado no artigo 24, inciso X, da Constituição da República.

Porém, como dito algures, antes da edição da Lei nº 9.099/95, alguns Estados criaram os Juizados Especiais Criminais por intermédio de leis estaduais, que foram instalados e vêm funcionando com regularidade.

A Emenda Constitucional nº 22, de 18.03.1999, que posteriormente introduziu o parágrafo único no artigo 98, determinou a criação dos juizados especiais no âmbito da Justiça Federal, com a seguinte redação: “parágrafo único. Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal”.

A inserção desta norma, prevista no texto constitucional em seu artigo 98, inciso I, prevendo a criação dos juizados especiais, sinalizava a abertura de um novo espaço para a participação popular direta no exercício da jurisdição, com fulcro na previsão de integração dos juizados especiais por juízes leigos em atuação conjunta com juízes togados.

Contudo, não podemos olvidar que o legislador constituinte deixou ao legislador ordinário o campo para a estruturação dos juizados especiais, mormente no que atine à própria definição das infrações penais de menor potencial ofensivo, cerne da competência daqueles órgãos jurisdicionais em matéria penal. Ao ensejo, a expectativa democratizadora do exercício da função jurisdicional, sinalizada pela norma constitucional, restou frustrada no regramento do diploma legal.

1.5 POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDÊNCIAL

Desde sua criação, a lei tem sido acolhida por alguns com entusiasmo e com reserva por outros, não sendo escassos os protestos pela sua inconstitucionalidade, mormente quanto ao instituto da transação penal.

Dentre os argumentos que se arvoram acerca do tema os mais relevantes são em torno das infringências ao inciso LVI do artigo 5º, da Constituição (devido processo legal), ao inciso LVII, também do artigo 5º da Constituição (presunção de inocência), bem como a igualdade processual, decorrente do artigo 5º, *caput* e inciso I.

Ada Pellegrini considera a alegada ofensa ao inciso LVI do artigo 5º da CR como a mais séria das imputações, mas aduz que pode ser atacada com vantagem, observando que a própria Constituição possibilita expressamente a transação penal para as infrações de menor potencial ofensivo (artigo 98, inciso I, CR) e asseverando que o constituinte originário atribuiu liberdade ao legislador federal para impor-lhe parâmetros, que devem ser razoáveis, dentro do princípio da *reserva legal proporcional*, colacionando que:¹³

A Constituição fornece exemplos concretos da necessária observância do princípio da proporcionalidade, quando confere tratamento mais ou menos severo de acordo com a gravidade das infrações: assim, com relação aos crimes hediondos e às infrações de menor potencial ofensivo.

A processualista Maria Lúcia Karam, por sua vez, observa este instituto como uma assinalada ampliação do poder punitivo do Estado, que tem por escopo a definição antecipada do processo mediante acordo firmado entre as partes em que o réu (autor do fato), renuncia ao direito de exercitar plenamente as garantias advindas da cláusula fundamental do devido processo legal em troca de um tratamento acenado como mais indulgente acerca da pena a ser imposta.¹⁴

Noutro ponto, muito embora destaque com precisão que ocorre renúncia às garantias fundamentais da ampla defesa e do contraditório, com todos os seus

¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini. op. cit. p.39.

¹⁴ KARAM, Maria Lúcia. op. cit. p. 37.

corolários, bem como à própria garantia do estado de inocência, entende que os dispositivos legais em comento não acenam com inconstitucionalidade ao que denomina de “consentida submissão à pena”, a par de que discorre em interessante síntese.¹⁵

A renúncia a direitos, ainda que se trate de direitos fundamentais, situa-se no âmbito de liberdade do indivíduo. A rigor, não existe nenhum direito que seja indisponível, nem mesmo a própria vida, na medida que a ordem jurídica visa assegurar, com a tutela de direitos, é exatamente a possibilidade de sua disposição.

Com muita propriedade, Damásio de Jesus, em brilhante abordagem ao instituto da transação penal, sustenta que:¹⁶

A aceitação pelo autuado de uma pena menos severa, encerrando-se o episódio, encontra o fundamento como expressão de autonomia da vontade e com livre manifestação de defesa. Ele, voluntariamente, abre mão de suas garantias constitucionais.

[...]

Os princípios não devem ser considerados absolutos e sim relativos, abrindo espaço para a adoção de medidas que, em determinados momentos são de capital importância para o legislador na solução de problemas, como o da criminalidade, economia processual, custo do delito e super lotação carcerária, etc.

Entretanto, os argumentos ventilados com base na autonomia da vontade não são unânimes na justificativa constitucional do instituto. Em sua obra, José Laurindo de Souza Netto, aduz que o princípio da *nulla poena sine iudicio* não é passível de relativização ou mitigação, de sorte que não se pode condenar, bem como não se pode aplicar pena, sem que o acusado tenha podido valer das devidas garantias constitucionais.

¹⁵ KARAM, Maria Lúcia. op. cit. p. 43. Esta assertiva a supracitada autora extrai da obra de ZAFFARONI, o qual trata a função da ordem jurídica na tutela de bens e direitos, voltando-se para assegurar a possibilidade de o indivíduo deles dispor.

¹⁶ JESUS, Damásio E. de. *Juizados especiais*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 76.

2. PRINCÍPIOS NORTEADORES DA LEI Nº 9.099/95

2.1 APONTAMENTOS PRELIMINARES

Tomando por base que os princípios processuais têm o condão de traduzir os preceitos que originam, fundamentam e norteiam o processo, não resta dúvida de que o legislador, mesmo que tenha utilizado a expressão “critérios”, no artigo 2º da lei em comento¹⁷, o fez com ideais que simbolizam uma aspiração de melhoria do mecanismo processual no que se relaciona especificamente com as causas que competem aos Juizados Especiais.

Trilhando este norte, além do acatamento aos princípios gerais do processo, alguns de caráter constitucional – juiz natural, contraditório, ampla defesa, igualdade entre as partes etc., de aplicabilidade compulsória em todas as ações penais, por imposição legal o juiz deve valer-se desses critérios nas ações penais de competência dos Juizados Especiais, em harmonia ou mesmo com prevalência sobre outros, primando pela adequada aplicação da lei.

¹⁷ Artigo 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

O próprio dispositivo constitucional (artigo 98, I) ao prever um procedimento oral e sumaríssimo impõe a adoção dos critérios de oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade aos procedimentos previstos na Lei nº 9.099/95.

O doutrinador paulista Julio Fabbrini Mirabete, tecendo interessante abordagem acerca deste tema, assevera que “procura-se na lei, e esse também deve ser o objetivo do juiz, a harmonização do procedimento sumário, inclusive em nível transacional, com as garantias do devido processo legal.”¹⁸

2.2 PRINCÍPIO DA ORALIDADE

Este princípio prima pela adoção da forma oral no tratamento da causa, isto é, corrobora que as declarações colhidas em juízo se revestem de maior eficácia quando formuladas verbalmente, sem que ocorra a total supressão da escrita, vez que é imprescindível na documentação de todo processado.

MIRABETE¹⁹ entende que ao impor esse critério, quis o legislador aludir não à exclusão do procedimento escrito, mas à superioridade da forma oral à escrita na condução do processo.

Outro não é o entendimento que se extrai do disposto no artigo 64, §3º, da Lei nº 9.099/95, o qual preconiza que: “serão objeto de registro escrito exclusivamente os atos havidos por essenciais”, bem como que “os atos realizados em audiência de instrução e julgamento poderão ser gravados em fita magnética ou equivalente”. Em síntese, tal princípio revela o predomínio da palavra falada sobre a escrita, sem, contudo, promover a exclusão desta, mormente porque no final há a redução a termo.

No âmbito dos Juizados Especiais Criminais este princípio fundamenta a

¹⁸ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Juizados especiais criminais: comentários, jurisprudência, legislação** – 2. ed. – São Paulo: Atlas, 1997, p.22

¹⁹ Ibid, p. 23.

elaboração do termo circunstanciado, no qual consta um breve resumo dos fatos (artigo 69, *caput*, da Lei 9.009/95), sendo que este relato invariavelmente será colhido nas informações orais do suposto autor do fato, da suposta vítima, das testemunhas, dos agentes policiais etc.

Da mesma forma, a Lei nº 9.099/95 estabelece que serão verbais os esclarecimentos que o juiz deve fazer às partes em audiência preliminar, cientificando sobre a possibilidade de composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade (artigo 72), as propostas e aceitação ou não da composição, devendo reduzir a termo o seu resultado (artigo 74), a proposta ministerial de transação e sua eventual aceitação ou recusa (artigo 76), o conseqüente oferecimento de denúncia nos caso em que a proposta de transação fracassar (artigo 77), o oferecimento da queixa (artigo 77, § 3º), a defesa prévia (artigo 81, *caput*) a inquirição da vítima e das testemunhas, o interrogatório do acusado, bem como os debates (artigo 81, *caput* e seus parágrafos).

Como decorrência do acatamento ao princípio da oralidade surgem outros princípios complementares dele oriundos como os princípio da concentração, do imediatismo, da identidade física do juiz e da irrecorribilidade das decisões, embora não sejam estes inseparáveis do norteamento obrigatório inicial.

2.3 PRINCÍPIO DA SIMPLICIDADE

O escopo deste princípio consiste na redução dos materiais que são juntados aos autos do processo sem que se comprometa o resultado da prestação jurisdicional, reunindo apenas o necessário em um todo harmônico.

Trás em seu bojo o desiderato de simplificar a aplicação do direito abstrato aos casos concretos, quer na quantidade, quer na qualidade dos meios empregados para a solução da lide.

Com este intento a Lei nº 9.099/95 prevê a dispensa do inquérito policial (artigo 69) e do exame de corpo de delito para fins de oferecimento de denúncia, admitindo boletim médico ou prova equivalente para comprovar a materialidade do crime (artigo 77, § 1º), tendo como subsídio o termo circunstanciado.

Dado à este caráter, a lei afasta do juizado as causas complexas ou que exijam maior empenho investigativo (artigo 77, § 2º), remetendo ao juízo comum as peças existentes no caso do autor do fato não ser encontrado para a citação pessoal (artigo 78, § 1º, c/c artigo 66, parágrafo único).

Outros reflexos que não se pode olvidar é que as nulidades, qualquer que sejam, não serão pronunciadas sem que tenha havido prejuízo (artigo 65, § 1º), bem como há a dispensa do relatório na sentença (artigo 81, § 3º).

2.4 PRINCIPIO DA INFORMALIDADE

Fruto do princípio da *instrumentalidade das formas*, este princípio revela ser desnecessárias as formas sacramentais do rigorismo formal do processo. Nos dizeres de MIRABETE:²⁰

Embora os atos processuais devam realizar-se conforme a lei, em obediência ao fundamental *princípio do devido processo legal*, deve-se combater o excessivo formalismo em que prevalece a prática de atos solenes estéreis e sem sentido sobre o objetivo mais da realização da justiça.

Contudo, não se deve afastar regras gerais de processo inerente a atos que possam ferir interesses da defesa ou da acusação ou, ainda, causar tumulto ao processo sob o pretexto de obediência ao princípio analisado.

Indubitavelmente o juiz não se isenta de observar um mínimo de formalidade

²⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini. op. cit. p.25.

que se mostra essencial para consecução de determinados atos processuais. Por conseguinte, não se trata de exclusão de atos processuais, mas sim da possibilidade de exercitá-los de forma livre, com plausibilidade e aptidão para os fins que se destinam. Ainda assim, esta liberdade é inexistente quando a própria lei determina forma procedimental exclusiva, como nos casos de citação do acusado, que será sempre pessoal (artigo 66).

2.5 PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL

O princípio supracitado traduz o entendimento de que se deve escolher, entre duas alternativas, a menos onerosa às partes e ao próprio Estado, zelando pelo máximo de resultado da prestação jurisdicional com o mínimo possível de atos processuais. Também, aqui, não significa que está autorizada a supressão de atos previstos no rito processual estabelecido na lei, e sim a possibilidade de escolha da forma que traga menos encargos à solução da demanda.

O princípio da economia processual informa praticamente todos os critérios orientativos da lei em comento, estando presente em todo o Juizado, desde a fase preliminar até o encerramento da causa.²¹

2.6 PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL

A busca por uma prestação jurisdicional em um menor espaço de tempo possível deu azo à implementação de rapidez e agilidade no processo, objetos do princípio da celeridade processual.

Com a redução do tempo entre a prática da infração penal e a solução

²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. **Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei nº 9.099, de 26.09.1995 – 4. ed. rev., ampl. e autal. de acordo com a Lei 10.259/2001.** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.78

jurisdicional evita-se a impunidade gerada pela prescrição e oferece uma resposta imediata à sociedade na realização da Justiça Penal, uma vez que o interesse social reclama soluções contígua para por cabo aos conflitos de interesses.

A fusão deste princípio com os demais aqui esmiuçados permite asseverar que o procedimento torna-se ágil e fomenta a possibilidade de alcance do desiderato da demanda.

Contudo, cotejando estes princípios com o fim a que se propõe este trabalho, é muito oportuno registrar a lição de MIRABETE, que salienta com muita precisão:²²

Deve-se, porém, estar atento às providências eventuais do juiz com vistas à celeridade que possam prejudicar os princípios constitucionais do processo como os do contraditório e da ampla defesa. Assim, não se pode, em nome do princípio da celeridade, indeferir diligências necessárias ao esclarecimento da verdade real.

Extrai-se, do exposto, que a implementação de medidas que atribuem celeridade às demandas judiciais não podem mitigar a garantia constitucionalmente consagrada às partes de exercerem, em sua plenitude, o direito de defesa que lhes cabem.

Poderia, nesta e em outras situações, invocar a relativização dos direitos fundamentais, a fim de legitimar sua supressão em determinados caso. Contudo a história é abundante em registros trágicos que originaram-se destes atos. Como exemplo podemos citar a Alemanha, em que as insanidades de Hitler eram justificadas pela relativização de inúmeros direitos assegurados aos seus contemporâneos.

²² MIRABETE, Júlio Fabbrini. op. cit. p.27

3. TRANSAÇÃO PENAL

3.1 CONCEITO

A transação consiste em concessões mútuas entre as partes e os partícipes e foi expressamente autorizada pela Constituição da República para as infrações de menor potencial ofensivo (artigo 98, I).²³

Notadamente, a expressão “transação” possui uma gama de significados, o que conduz o intérprete a encontrar o significado que mais coadune com a escolha político-constitucional adotada pelo país, ou mesmo com os princípios constitucionais.

Destarte, colacionamos significados *comuns* do termo, constante de consagrados dicionários da Língua Portuguesa. O Aurélio o conceitua como “1- O ato ou efeito de transigir. 2- Combinação, convênio, ajuste. 3- Operação comercial. 4- *Jur.* Ato jurídico que dirime operações litigiosas ou duvidosas mediante *concessões recíprocas* das partes interessadas, composição”, o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, esboçando um conceito jurídico de transação, leciona que “3.4 JUR acordo em que duas ou mais pessoas ajustam certas cláusulas e condições, mediante concessões recíprocas, para evitar litígio ou pôr fim a litígio em

²³ GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. *Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei nº 9.099, de 26.09.1995* – 4. ed. rev., ampl. e autal. de acordo com a Lei 10.259/2001. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.64.

curso” (grifamos).

Imperioso por em destaque que a espécie de autocomposição, autorizada na Constituição de 1988, foi a transação, excluindo as demais modalidades, consistente na renúncia e submissão, de sorte que a forma de consenso prevista no texto constitucional exige, necessariamente, reciprocidade de concessões.

Admitir outra forma de autocomposição resulta em forçosa afronta ao texto constitucional, incorrendo, também, em ilegalidade, uma vez que contraria o espírito da própria lei.

Do exposto, pode-se asseverar que a ampliação do significado do termo transação redundaria em inevitável subversão dos ideais encartados em nossa Constituição, o que rechaça qualquer outra forma de interpretação extensiva que eventualmente permita a ausência de concessões recíprocas.

Destas premissas, podemos compreender a transação penal como sendo um instituto em que há reciprocidade de concessões, sendo que o cidadão voluntariamente dispõe de parcela de sua liberdade, tangível somente pela comprovada culpa, e o Estado cede no tocante à doseimetria e espécie de pena almejada na ação penal. Se assim não for, não há que se falar em transação, mas sim em outros meios de autocomposição não permitidos constitucionalmente na seara penal.

Não obstante os argumentos expendidos, Maria Lúcia Karam²⁴ trata este tema sob o título “A consentida submissão à pena e a enganosa negociação entre as partes”, e aduz:

A negociação entre as partes, que estaria na base do modelo contratual consubstanciado no procedimento abreviado que visa obter a definição antecipada do processo com a consentida submissão do réu à pena, na realidade, se afasta das premissas que, teoricamente, haveriam de orientar um tal modelo.

A anunciada negociação longe está de se inspirar, como seria da essência de qualquer modelo contratual, na autonomia e na igualdade entre as partes.

²⁴ KARAM, Maria Lúcia. op. cit. p.39.

Em um primeiro aspecto, trata-se de uma negociação desenvolvida, no dizer de Mario Cattaneo, entre quem tem “a faca e o queijo na mão” (a acusação) e quem substancialmente teme uma chantagem (o réu). Decerto, a “chantagem” claramente surge nas ameaças, para quem se nega a negociar, de um tratamento mais rigoroso, de uma pena mais severa, do risco de um cálculo errado, do estrépido que se anuncia advir do processo regularmente desenvolvido até o julgamento.

Todavia, cumpre destacar a necessidade de equilíbrio e sensibilidade na conceituação deste instituto, dada a relevância que apresenta e seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro.

De acordo com os preceitos coligidos na Lei dos Juizados Especiais, em fase ainda pré-processual, o Ministério Público, valendo-se da exclusividade da autoria da ação penal pública incondicionada e verificando a existência de pressupostos objetivos e subjetivos, permuta, por meio de um acordo, o *jus puniendi* estatal com o direito à liberdade que o suposto autor de um fato delituoso ostenta.

Este novo paradigma, voltado à solução consensual dos conflitos penais de menor gravosidade social, tem se revelado um eficiente método de combate ao abarrotamento do judiciário, uma vez que as demandas transacionadas abreviam a prestação jurisdicional, conferindo maior celeridade e produzindo resultados mais efetivos.

Há que se ponderar, contudo, que grande parcela dos jurisdicionados não tem o exato domínio do que vem a ser este instituto, bem como dos efeitos que emanam de sua aplicação; do que seja e de como se desenvolve um termo circunstanciado e das consequências da não aceitação da transação.

Em virtude desta ignorância jurídica muitos se submetem à transação, convictos de que optaram pelo melhor que lhes fora oferecido. Tal circunstância tem convertido o instituto da transação penal em um balcão de troca, em que se distribuem penas, não privativas de liberdade, mas que não deixam de serem penas, em escala quase industrial.

Melhor avaliando, como já citado, a transação pressupõe concessões recíprocas. O autor do fato tem a oferecer parte de sua liberdade e o Estado, em

tese, a mitigação da custódia penal. Está formada a equação. Então vejamos, a benevolência do Estado nestes casos consiste na aplicação de uma pena alternativa, que não prive a liberdade do suposto autor do fato, de aplicação imediata, pondo termo à demanda. Neste ponto, relevante a leitura do artigo 44 do Código Penal Brasileiro, *in verbis*:

Artigo 44 - As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Alterado pela L-009.714-1998)

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

A exegese deste dispositivo permite inferir que muito provavelmente o autor do fato que não se submeter à transação e eventualmente venha a sofrer uma condenação, após o exercício de todas as garantias constitucionais que lhes são asseguradas, raramente será privado de sua liberdade.

Desta sorte, o objeto de barganha da transação migra para outras “benesses” ofertadas pelo Estado, conseguindo arrebanhar um grande número de potenciais aceitantes. São eles: a não incidência dos efeitos da condenação, bem como o fato de não constar de registro de antecedentes criminais, salvo para os fins de nova transação, caso em que o aceitante fica impedido de receber novo benefício pelo período de 05 anos.

Porém, a menina dos olhos desta proposta, incisivamente enaltecida nas audiências, reside no fato de que uma vez aceita a proposta transacional o suposto autor do fato estará livre do “processo”, desvencilhando-se de vez dos transtornos, da morosidade e de toda sorte de desgastes que uma demanda penal impinge às partes envolvidas. Ora, bem sabemos que o processo não constitui um fim em si mesmo, tão pouco pode ser tido como uma sanção a ser usada como moeda de troca.

Ainda assim, é cediço que o estigma produzido por um processo tem o condão de intimidar o indivíduo, seduzindo-o para a aceitação da proposta de transação.

A propósito do exposto, o Ilustre professor Damásio E. de Jesus²⁵, abordando o artigo 76 da Lei nº 9.099/95, asseverou que:

O instituto da transação inclui-se no “espaço de consenso”, em que o Estado, respeitando a autonomia de vontade entre as partes, limita voluntariamente o acolhimento e o uso de determinados direitos. De modo que esses princípios não devem ser considerados absolutos e sim relativos, abrindo espaço para a adoção de medidas que, em determinado momento, são de capital importância para o legislador na solução de problemas, como da criminalidade, economia processual, custo do delito, superlotação carcerária, etc.

Elenca, ainda, o que admite ser:

Vantagens: 1ª) a resposta penal é imediata; 2ª) evita um processo moroso; 3ª) desvencilha rapidamente o delinqüente das malhas do processo; 4ª) reduz o custo do delito;
Desvantagens: 1ª) ausência de exercício dos princípios da verdade real, do contraditório, do recurso, da ampla defesa, do estado de inocência, etc.; 2ª) coação psicológica do autuado; 3ª) desigualdade entre as partes.

Da análise doutrinária até aqui coligida é possível dimensionar o quanto se pode extrair do tema em questão, mormente no que toca às desvantagens apontadas pelo jurista.

Ainda, no que tange à aplicação do instituto, é imprescindível trazer à lume as definições legais das infrações penais de menor potencial ofensivo, tendo em conta que somente estas são passíveis de transação.

A Constituição da República brasileira, no inciso I, de seu artigo 98, conferiu ao Distrito Federal e aos Estados-membros atribuição, em matéria criminal, dando-

²⁵ JESUS, Damásio E. de. op. cit. p. 76.

lhes competência para o conhecimento de causas inerentes às infrações penais de menor potencial ofensivo, deixando para o legislador ordinário a definição das infrações penais desta natureza.

Inicialmente, a regra encartada no artigo 61 da Lei nº 9.099/95 cuidou desta matéria, dispondo que:

Artigo 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial.

Posteriormente, com a Emenda Constitucional n. 22, de 18.03.1999, foi introduzido o parágrafo único no artigo 98 do texto constitucional, determinando a criação dos juizados especiais no âmbito da Justiça Federal.

Esta determinação deu origem a um mecanismo estatal que tenta amenizar o problema da criminalidade, passando por cima de princípios básicos como o da segurança jurídica, da legalidade, da proporcionalidade e razoabilidade, inovando ao definir as infrações de menor potencial ofensivo em seu artigo 2º, parágrafo único, *in verbis*:

Artigo 2º Compete ao Juizado Especial Federal Criminal processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo.
Parágrafo único. Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa.

Obviamente, estas disposições legais provocaram dissenso doutrinário e jurisprudencial que passaram a questionar se esta redefinição teria o condão de afastar a definição original, contida na regra do artigo 61 da Lei nº 9.099/95. Diante disso, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu o alcance geral da regra contida no parágrafo único do artigo 2º da Lei 10.259/2001, que passou a dar nova definição às

infrações penais de menor potencial ofensivo.²⁶

Pacificando de vez o entendimento, a Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006, alterou os artigos 60 e 61 da Lei nº 9.099/95, bem como o artigo 2º da Lei 10.259/01, conferindo-lhes a seguinte redação:

Artigo 1º Os arts. 60 e 61 da Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995, passam a vigorar com as seguintes alterações:

“Artigo 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.

Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis.” (NR)

“Artigo 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.” (NR)

Artigo 2º O artigo 2º da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Artigo 2º Compete ao Juizado Especial Federal Criminal processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.

Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrente da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis.” (NR)

Conseqüentemente, houve um fomento expressivo no número de infrações penais passíveis de serem transacionadas, alargando, sobremaneira, o rol de potencial aceitantes da proposta transacional.

²⁶ REsp 527.836, Min. Gilson Dipp, 06.10.2003; REsp 489.712, Ministra Laurinda Vaz, DJU 04.08.2003.

3.2 NATUREZA JURÍDICA DA SENTENÇA

Ponto controverso do instituto, a natureza jurídica da sentença proferida em sede de transação penal suscita os mais acalorados debates.

Há quem afirma tratar-se de sentença homologatória de natureza condenatória, ou “condenatória imprópria”, alicerçando esta assertiva no fato de que se aplica a pena, mas não os seus efeitos. Quanto à esta classificação insurge-se o argumento de que se acaba fugindo à questão, mediante um circunlóquio que nada significa.²⁷

Por óbvio, também não se trata aqui de sentença de cunho absolutório, mormente pelo fato de impingir uma sanção de natureza penal.

De outro giro, grande parte da doutrina classifica a sentença transacional sob o entendimento de que não há qualquer cunho condenatório no *decisium*, sendo esta simplesmente homologatória.

Oportuno salientar que a culpa do protagonista do termo circunstanciado é presumida pela própria lei, quando então o denomina de “autor do fato”, somente não permitindo que incida sobre este os efeitos da sentença, tais como: reincidência, efeitos civis, lançamento do nome no rol dos culpados, maus antecedentes. Mesmo porque, estas “benesses” são os atrativos do instituto para os potenciais aceitantes.

De outro prisma, ocorrendo a aceitação da proposta formulada pelo *Parquet* esta é submetida à apreciação do juízo, que pode rejeitar ou acolher a proposta. Naquele caso, o magistrado rejeita a proposta quando esta se mostrar injusta ou desarrazoada. Neste, acolhe e sentencia, aplicando pena restritiva de direito ou multa. Porém, tal decisão está sujeita à apelação, consoante preconiza o § 5º do artigo 76, fato que tem o condão de desnaturar o caráter de simples homologação do acordo, como defendido por boa parte da doutrina e jurisprudência.

Contudo, os Tribunais têm sinalizado no sentido de que a natureza jurídica

²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. op. cit. p.156.

desta sentença repousam na linha da homologação do acordo, senão vejamos:

Ementa **145283** - JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL - SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DA TRANSAÇÃO PENAL - EFEITOS: - A HOMOLOGAÇÃO DA PROPOSTA DE TRANSAÇÃO PENAL GERA, ÚNICA E EXCLUSIVAMENTE, COISA JULGADA FORMAL, EM FACE DO PRINCÍPIO "REBUS SIC STANTIBUS". A SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA TEM CUNHO ADMINISTRATIVO, SEM CARÁTER CONDENATÓRIO, POSTO QUE NÃO SE QUESTIONA A PROPÓSITO DA ACUSAÇÃO, NEM SE COGITA DE CULPA OU INOCÊNCIA DO SUPOSTO AGENTE; NÃO HÁ O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A DECISÃO É MERAMENTE DECLARATÓRIA DA VONTADE DAS PARTES, SEM CONSEQUÊNCIAS PENAS.

* * *

Recurso : APELAÇÃO
Relator : DÉCIO BARRETTI
Órgão Julg.: 15ª CÂMARA
Data : 17/11/2004

Processo : 1429317 / 1

Votação : VU

Contextualizando este julgado com a lição defendida por Maria Lucia Karam, verificamos que a controvérsia se torna ainda mais acentuada. A autora, ao oposto da ementa supra, defende a existência de um processo em que o contraditório é suprido pela renúncia do réu em resistir à pretensão punitiva estatal, fato que afasta a inexistência de processo e admite a assunção de culpa do até então suposto autor do fato. Em interessante trecho de sua obra discorre que:

Neste sentido, a manifestação de vontade do réu, que, renunciando à oportunidade de defesa e desobrigando o Ministério Público de seu ônus de provar a veracidade dos fatos constitutivos da alegada infração penal, aceita se submeter à pena, efetivamente supre a contradição, que, sem dúvida, existe em tal aplicação antecipada da pena e as garantias próprias da cláusula fundamental do devido processo legal.²⁸

Em breve síntese, o penalista César Roberto Bitencourt²⁹, comunga do entendimento de que a natureza da decisão jurisdicional na transação penal tem caráter homologatório, registrando que:

²⁸ KARAM, Maria Lúcia. op. cit. p.43-44

²⁹ BITENCOURT, Cesar Roberto. **Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão** – 3. Ed. rev. Ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 107.

A *essência* do ato em que o Ministério Público propõe a aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, quando é aceita pelo autor e seu defensor, caracteriza uma *conciliação*, um acordo, uma “transação penal”, como o próprio texto constitucional (artigo 98) sugere. E na tradição do direito brasileiro, sempre que as partes *transigirem*, pondo fim à *relação processual*, a decisão judicial que legitima jurisdicionalmente essa convergência de vontades, tem caráter *homologatório*

Discorrendo sobre o tema Geraldo Prado aborda tal sentença de um prisma diverso e revela um posicionamento esclarecedor:

A sentença que impõe a pena, ainda que fruto de acordo entre as partes traz algo mais, além do simples reconhecimento da existência do crime ou da contravenção. Carrega em seu bojo a autorização para que se exija do suposto autor do fato, coativamente, determinada prestação.³⁰

Com efeito, é forçoso ponderar que a aplicação de pena pecuniária ou pena restritiva de direito só pode se concretizar por meio de uma sentença condenatória, vez que somente esta é revestida de autoridade para impor sanções.

Releve-se, ainda, a vigência no sistema jurídico-penal pátrio do princípio da não culpabilidade, encartado em nosso texto constitucional (CR/88, artigo 5º, inciso LVII), o qual preconiza que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de *sentença penal condenatória*”. (grifamos)

Destarte, se há a presunção de inocência do acusado até que a sentença condenatória tenha transitado em julgado, não se pode conceber que, administrativamente, uma sentença simplesmente homologue um acordo no qual o “autor do fato” aceite de forma implícita a culpa para que haja a aplicação de uma pena, se não tê-la como impropriamente condenatória.

3.3 EFEITOS DA SENTENÇA

³⁰ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório. A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 216.

Ao tecer uma análise dos efeitos que emanam da sentença proferida em sede de transação penal podemos registrar que a aplicação da pena não importa em reincidência (§ 4º do artigo 76, da Lei nº 9.099/95), não constará de registros penais – salvo para efeito de impedir nova transação, pelo prazo de cinco anos – nem de certidão de antecedentes (§§ 4º e 6º do mesmo dispositivo); e a transação penal não acarreta efeitos civis, cabendo aos interessados propor no juízo cível competente a ação de conhecimento reparatória dos danos (§ 6º do artigo 76).

Imperioso destacar a ressalva constante do § 6º, do artigo 76 da citada lei, a qual veda a concessão do benefício ao agente que já tenha sido contemplado com a aplicação consensual de pena não privativa de liberdade num prazo inferior a cinco anos.

Pode-se inferir que o legislador, no mesmo passo que criou o benefício, buscou desestimular as práticas reiteradas de infrações de menor potencial ofensivo, vez que se fosse tratado de modo diverso poderia gerar uma sensação de impunidade nos potenciais infratores.

Este prazo assinalado no dispositivo em comento guarda simetria com o prazo estipulado no artigo 64, inciso I, do Código Penal Brasileiro, que versa sobre a prescrição da reincidência.

Depreende-se, então, que a concessão deste benefício constará de um registro penal, mesmo que seja utilizado exclusivamente para obstar a aplicação da mesma medida no prazo de cinco anos.

3.4 O CARÁTER DESPENALIZADOR DO INSTITUTO.

Parte da doutrina pátria esboça o entendimento de que medidas despenalizadoras são medidas penais ou processuais alternativas que procuram evitar a pena de prisão³¹.

³¹ Este entendimento é esposado, dentre outros doutrinadores, por Ada Pellegrini em sua obra: *Juizados*

Neste passo, impingir caráter despenalizador ao instituto da transação penal somente é possível se pautado estritamente neste entendimento. Ainda assim, vislumbra-se flagrante impropriedade técnica do termo utilizado.

Despenalizar significa isentar de pena, e não é isso que efetivamente se verifica no momento da aceitação da proposta de transação penal.

Prevê a Constituição da República, no inciso XLVI, do artigo 5º, as modalidades de penas adotadas em nosso ordenamento jurídico, dentre as quais figuram a prestação social alternativa e a suspensão e interdição de direitos, todas aplicáveis à transação penal.

Por esta via, seria de bom alvitre ter o instituto da transação penal como um instrumento voltado à descarcerização, como já adotado por alguns autores. O escopo desta assertiva reside no fato de sua aplicação somente não permite que seja cominada pena privativa de liberdade ao suposto autor do fato, admitindo e prescrevendo as demais penalidades já delineadas.

Portanto, a aplicação do instituto transacional não tem o condão de isentar de pena o suposto autor do fato, ao qual é impingido uma modalidade de pena diversa daquela privativa de liberdade.

Destarte, o verdadeiro caráter do instituto da transação penal repousa na esfera da descarcerização, tão bem vinda nestes tempos em que nossa política carcerária padece, estagnada diante dos índices alarmantes da criminalidade que assola o País e da constatação de que o sistema penal é seletivo e estigmatizante, reproduzindo aprofundando as desigualdades sociais.

4. INSTRUMENTO CONSENSUAL DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS PENAIS.

4.1 EFICÁCIA DA TRANSAÇÃO PENAL

É inegável os reflexos positivos que emanam da transação penal, no que concerne à efetividade e celeridade conferida à solução dos conflitos posto à apreciação judicial.

O dinamismo da vida social hodierna reclama respostas cada vez mais céleres às demandas propostas. Esta celeridade tem sinônimo de eficiência nos dias atuais, vez que muitas condutas ilícitas deixam de ser punidas pelo ente estatal em virtude da prescrição da pretensão punitiva, decorrente da morosidade do apuratório.

Outro ponto relevante se encontra no fato de que uma resposta estatal contígua, como nos casos de transação penal, levando a cabo de imediato uma demanda que poderia de prolongar no tempo, tem o condão de restaurar a credibilidade do Poder Judiciário, tão desgastada pelas delongas nas soluções dos litígios.

Nesta esteira de benefícios, advindos do instituto transacional, deve ser acrescida a política de descarcerização, tão bem vinda nestes tempos em que a privação de liberdade tem se mostrado cada vez mais inoperante na prevenção da criminalidade.

O legislador constituinte, em obediência a proporcionalidade na atribuição da reprimenda e o tipo pena cominada, tendo em vista a gravidade da infração penal cometida, veio a considerar, mesmo que inadvertidamente, a falência da pena privativa de liberdade, notadamente com relação aos crimes de menor potencialidade ofensiva à sociedade.

Nesta linha de raciocínio, Michel Foucault³² muito bem sufragou este entendimento. Vejamos:

Encontrar para um crime o castigo que convém é encontrar a desvantagem cuja idéia seja tal que torne definitivamente sem atração a idéia de um delito. É uma arte das energias que se combatem, arte das imagens que se associam, fabricação de ligações estáveis que desafiem o tempo. Importa constituir pares de representação de valores opostos, instaurar diferenças quantitativas entre as forças em questão, estabelecer um jogo de sinais-obstáculos que possam submeter o movimento das forças a uma relação de poder.

Com este objetivo, não expresso, mas implícito no texto constitucional, instaurou-se uma justiça criminal mais célere e que mais se amoldou à conjuntura social de um Estado Democrático, racionalizando procedimentos e obstando o estigma que o processo penal produz no acusado.

Ada Pellegrini³³ muito bem avaliou a eficácia deste instituto ao discorrer sobre o novo modelo consensual de justiça criminal:

É indiscutivelmente a via mais promissora da tão esperada desburocratização da Justiça criminal (grande parte do movimento forense criminal já foi reduzido), ao mesmo tempo em que permite a pronta resposta estatal ao delito, a imediata (se bem que na medida do possível) reparação dos danos à vítima, o fim das prescrições (essa não corre durante a suspensão) a *ressocialização* do autor dos fatos, sua não reincidência, uma fenomenal economia de papéis, horas de trabalho etc.

³² FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 28. ed. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 87.

³³ GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. op. cit. p.45

Soma ainda a este rol que:

Além de tudo, é instituto que será aplicado imediatamente por todos os juízes (não só os do Juizado Criminal), não requer absolutamente nenhuma estrutura nova sofisticada ou custosa e permitirá que a Justiça criminal finalmente conte com tempo disponível para cuidar com maior atenção da criminalidade grave, reduzindo-se sua escandalosa impunidade.

Deste prisma, o sistema consensual de solução dos conflitos é digno de aplausos, uma vez que não há como negar sua eficácia no sistema jurídico pátrio.

4.2 REFLEXOS SOCIAIS

A descrença da sociedade brasileira na promoção da justiça emerge basicamente da sensação de impunidade. Muito há que se tecer acerca deste sentimento que permeia boa parte dos cidadãos brasileiros, contudo nos limitaremos a construir uma análise voltada ao objeto deste estudo.

É cediço que a transação penal amplia consideravelmente o índice de reprovação estatal diante dos delitos de menor potencialidade. Este fenômeno contribui sobremaneira para restabelecer a confiança dos jurisdicionados na Justiça pública.

Os reflexos sociais deste sistema de solução consensual de litígios se revelam com maior densidade no número de reprimendas distribuídas, conferindo aos jurisdicionados uma sensação de proteção, advinda de um Poder Judiciário atuante.

Se por um lado esta massificação de penas, facilitada pelo rito procedimental que rege os Juizados Especiais Criminais, fomenta a credibilidade da Justiça, por outro estimula a banalização da resposta estatal diante das condutas ilícitas. Isto se

verifica, com mais ênfase, após a edição da Lei 10.259/2001, que em seu artigo 2º, parágrafo único passou a dar nova definição às infrações penais de menor potencial ofensivo, ampliando significativamente o rol de ilícitos sujeitos à transação penal.

É inegável que este fato potencializa a resposta estatal diante de uma infração penal, contudo faz repercutir na sociedade outra sensação de impunidade decorrente da ínfima repressão atribuída ao autor do fato. A penalização trivial das condutas tipificadas como de menor potencial ofensivo, mormente após o advento da Lei 10.259/2001, não raramente produz em alguns jurisdicionados a sensação de que o crime compensa, fomentando a insatisfação com relação a resposta estatal diante de um delito e a indignação com a dose de reprimenda prolatada em juízo. Tal circunstância pode ainda colaborar para o incremento destes tipos de delitos.

Outro ponto que se destaca é a pré-disposição dos supostos autores dos ilícitos a transigir, fomentada pelo anseio de se desvencilhar imediatamente de um processo, no mais das vezes moroso e estigmatizante. Este, por sinal, se consubstancia num dos principais reflexos negativos da aplicação do instituto, uma vez que os potenciais aceitantes da proposta vêem o processo como um fim em si mesmo, sinônimo de penalização, e não como um meio de atuação jurisdicional que permite seja provada sua inocência.

Esta pré-disposição, originada na inoperância processual do Estado, conduz com frequência à assunção de culpa pelo autor do fato, pautada na “verdade consensual”³⁴, dissociando o instituto da verdade material que norteia a aplicação da lei penal pátria.

Estas considerações conduzem ao entendimento de que a transação penal produz reflexos positivos do ponto de vista jurisdicional, agraciando com celeridade e efetividade a prestação do Estado e atenuando a crise carcerária instalada em nossa nação. Porém, da forma como se encontra regrada em nosso ordenamento, tem o condão de distribuir penas a uma massa significativa de indivíduos que restariam absolvidos no findar de um processo em que pudessem exercer seus mais

³⁴ Ada Pellegrini preleciona que “Ao lado do clássico princípio da verdade material, agora temos que admitir também a verdade *consensuada*.” GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. *Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei nº 9.099, de 26.09.1995* – 4. ed. rev., ampl. e autal. de acordo com a Lei 10.259/2001. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.45.

elementares direitos. Neste particular podemos ressaltar a influência negativa do instituto transacional.

5. PROCEDIMENTO JUDICIAL DA TRANSAÇÃO PENAL

Analisando o procedimento adotado pelo instituto transacional é imprescindível consignar que a lei possibilita a transação penal ainda que não tenha havido composição dos danos.

Não menos relevante é registrar que a lei só cuida de proposta de aplicação do instituto com relação à ação penal pública, condicionada ou não, em obediência a primeira parte do artigo 76 da Lei 9.099/95, a qual exclui a previsão de transação penal proposta pelo titular da queixa-crime.

Contudo, o entendimento predominante é no sentido de admiti-la também nos casos de queixa-crime. Neste sentido, a jurisprudência do STJ tem admitido a transação e a suspensão condicional do processo nas ações penais de iniciativa exclusivamente privada, desde que obedecidos os requisitos autorizadores, *in verbis*:

CRIMINAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HC. OMISSÃO. TRANSAÇÃO PENAL. AÇÃO PENAL PRIVADA. PROPOSTA. LEGITIMIDADE. EMBARGOS ACOLHIDOS. I – Tratando-se de delito que se apura mediante ação penal privada, a proposta deve ser feita pelo querelante. (Precedentes do STF). II – Embargos acolhidos” (EDcl no HC nº 33.929-SP (2004/0023860-2), rel. Min. Gilson Dipp). No mesmo sentido: STF – HC 81.720-3/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 19/04/2002.

Se a abordagem do instituto descarcerizador fosse pautada por uma visão mais tradicional do papel da vítima no processo penal, poder-se-ia afirmar não ter

ela interesse na pena, porém, a evolução dos estudos sobre a vítima promove o reconhecimento do interesse desta não apenas à reparação civil, mas também à punição penal.

Estas circunstâncias, aliadas ao fato de que se trata de norma prevalentemente penal e mais benéfica, permite que o juiz aplique, por analogia, o disposto na primeira parte do art. 76, para que também incida nos casos de queixa.

Não obstante, por certo, que tanto na ação pública condicionada como para ação de iniciativa do ofendido, a homologação do acordo civil acarreta a renúncia tácita, inviabilizando o direito de representação ou queixa (art. 74).

Portanto, somente na hipótese de não restar frutífera a audiência de reparação civil dos danos, com a respectiva homologação do acordo, a audiência prosseguirá com a tentativa de transação penal. Já na ação de iniciativa pública, ao contrário, a homologação de acordo civil nenhum efeito terá sobre a ação penal.

5.1 ARQUIVAMENTO E TENTATIVA DE TRANSAÇÃO PENAL.

A legislação dispõe, expressamente, que a tentativa de transação penal só deve ocorrer nos casos em que não seja cabível o pedido de arquivamento.

Neste passo, cumpre ao Ministério Público, titular deste poder-dever, avaliar, previamente, se não é cabível o arquivamento do termo circunstanciado, nos termos do art. 28, do Código de Processo Penal, perfeitamente aplicável às infrações penais de menor potencial ofensivo. Desta sorte, a proposta deve ser formulada somente nos casos em que o Ministério Público entenda que o processo penal deva ser instaurado, identificado em um juízo prévio ao oferecimento da denúncia e convencido da necessidade de instauração do processo penal.

Em análise preliminar das peças de informações que indique ausência de tipicidade, ocorrência de prescrição ou inimizabilidade, o Ministério Público deverá

pedir o arquivamento, contudo a análise da justa causa, por exemplo, que envolve a existência de elementos probatórios, não poderá ser averiguada nesse momento.

5.2 PROPOSTA DE TRANSAÇÃO PENAL

Como já esposado, o rito processual aplicável à transação penal é pautado pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia e celeridade processual, sistematizados harmonicamente a fim de conferir maior efetividade e atingir um processo de resultados.

Neste modelo consensual de justiça a aplicação imediata de pena, consistente na proposta de transação penal, prescinde de acusação. A denúncia somente será oferecida se não ocorrer o acordo penal (art.77). Nem mesmo a *opinio delicti* está completamente formada quando o Ministério Público negocia com o suposto autor do suposto fato a pena imediata. O termo circunstanciado é enviado ao Juizado sem qualquer investigação prévia (art.69) e a eventual necessidade de diligências imprescindíveis somente ocorre na fase da denúncia (art.77). A possibilidade de arquivamento, como requisito negativo (art.76) para a proposta de acordo penal, refere-se à hipótese de evidente ocorrência e não ao prévio convencimento ministerial da necessidade de instauração do processo penal.

6. PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL.

Com escopo de aprofundar na análise destes instrumentos de salvaguarda dos direitos individuais demanda-se, por oportuno, esposar a conclusão da tese de livre-docência da ilustre mestre Ada Pellegrini Grinover³⁵, apresentada à Faculdade de Direito da USP, *in verbis*:

A jurisprudência brasileira, porém, não parece ter chegado à percepção das tendências constitucionais do direito processual, já apontadas pela doutrina. Não importam as razões, nesse trabalho. Resta, porém, a verificação de que, entre nós, a garantia constitucional do direito de ação permanece tão genérica e abstrata que nenhuma relevância parece ter para o processo civil, de cujo estatuto há de se deduzir diretamente a indispensável tutela do 'devido processo legal.

A célebre consideração da jurista, à época, encontraria a mesma aplicação ao processo penal. Mesmo considerando que a Constituição de 1946 fosse municiada dos princípios da igualdade, do juiz natural, da inafastabilidade da jurisdição – do qual a doutrina extraia todas as garantias do “devido processo legal”, do contraditório e da ampla defesa, a jurisprudência era tendenciosa no sentido de ponderá-los meras declarações de direitos, que pouco ecoava no processo penal.

³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. RT, 1973, p. 179

As bases e fundamentos constitucionais das garantias individuais, seja no processo civil, seja no processo penal foram apontados pelos estudos constitucionais do processo, que teve como precursor João Mendes Junior. Abordando este feito Ada Pellegrini Grinover³⁶ teceu uma interessante análise, senão vejamos:

[...] Analisando, nessa ótica, o *direito judiciário* e o Poder Judiciário, traçou as bases do “devido processo legal”, enquanto processo necessário para assegurar os direitos subjetivos tutelados pelo direito material. E por surgir o processo como instrumento para a *segurança constitucional dos direitos*, ensinava que deve ele ser plasmado de forma adequada, sendo uma espécie de *processo natural* e devendo o procedimento ser modelado segundo as formalidades definidas por lei nacional.

Com este pano de fundo, a década de 50 trouxe à lume os trabalhos de José Frederico Marques, cujo estudo em torno do princípio constitucional da proteção judiciária é um divisor de águas dos modernos estudos em nosso país acerca das garantias do “devido processo legal”.

Muito embora os esforços envidados pela doutrina pátria fossem desmedidos no sentido de impulsionar os estudos constitucionais do processo, esta empreitada somente veio a encontrar eco na jurisprudência pátria por volta dos anos 80, quando então o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo passou a proferir decisões significativas sobre as garantias das partes no processo. Este feito marcou indelevelmente a posição da Corte nesta década, imprimindo nas leis processuais o espírito da Constituição, sendo que, antes mesmo da Lei Maior de 1988, o Tribunal colheu o fundamento constitucional na lei ordinária interpretando-a à luz dos princípios constitucionais.

Desde então a magistratura centrou-se no fito de estimular a efetiva participação das partes no contraditório, de sorte que a contraposição dialética entre acusação e defesa tornassem eficaz e equilibrada, garantindo o pleno exercício da defesa ao longo de o *iter* processual.

³⁶ FRANCO, Alberto Silva; STOCCO, Rui (Coord.). **Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Vol. 1. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.11.

Porém, o marco determinante da mudança do pensamento jurisprudencial, no tocante ao processo constitucional, foi sedimentado com advento da Constituição de 1988, pioneira em nosso país ao adotar expressamente que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o *devido processo legal*” (artigo 5º, LIV).

Esta inovação constitucional veio desdobrada em vários preceitos norteadores do direito processual pátrio, que até então se faziam implícitos em nosso ordenamento jurídico sendo que o fundamento de sua aplicabilidade emergia de malabarismos jurisprudenciais.

Posto estas considerações é inevitável colacionar o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello³⁷, que ilustra com maestria a relevância dos princípios na órbita do Direito:

“Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço e corrosão de sua estrutura mestra”.

É inevitável ponderar que os princípios não se reduzem ao texto da norma que o proclamarem, mas sim são anteriores à estas normas. Elucidativa neste ponto a lição de Miguel Reale³⁸, o qual afirma que constituem-se em “enunciados lógicos admitidas como condição ou base de validade das demais asserções que compõe dado campo de saber”

Indispensável, também, aludir aos direitos humanos fundamentais como direito de defesa. A esse respeito CANOTILHO³⁹ disserta com maestria que:

“a função de direito de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1)

³⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1992, p.230.

³⁸ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 60.

³⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)”

No mesmo sentido, o constitucionalista Alexandre de Moraes⁴⁰ ressalta que:

[...] o estabelecimento de constituições escritas está diretamente ligado à edição de declarações de direitos do homem, com finalidade de estabelecimento de limites ao poder político, ocorrendo a incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário.

Todavia, importa registrar que o objeto deste estudo aponta para os princípios atinentes à seara penal, sobre os quais passaremos a dissertar.

6.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Fundamental na abordagem deste estudo, o princípio da legalidade traça as balizas que delineiam a construção legislativa de nosso ordenamento jurídico.

Registre-se que a legalidade é necessária para manter a estruturação e a legitimidade dos poderes estatais.

Corroborando este enunciado Alexandre de Moraes⁴¹ discorre:

O princípio da legalidade é de abrangência mais ampla do que o princípio da reserva legal. Por ele fica certo que qualquer comando jurídico impondo comportamentos forçados há de provir de uma das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras de processo legislativo

⁴⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22. ed. – São Paulo: Atlas, 2007, p. 25

⁴¹ Ibid, p.37.

constitucional.

O fim ao qual se propõe este estudo conduz a uma abordagem lógico-sistemática do princípio em comento, abordando a legalidade do instituto da transação penal em seu aspecto material, pois a solução consensual dos conflitos somente pode ser acatada com coerência e harmonia aos demais dispositivos da Constituição da República, notadamente o princípio regente do Estado Democrático de Direito e o consequente Princípio da Legalidade.

Neste mister, Garcia de Enterría⁴², citado por Alexandre de Moraes, nos leva a uma primorosa reflexão, ressaltando que:

[...] quanto ao conteúdo das leis, a que o princípio da legalidade remete, fica também claro que não é tampouco válido qualquer conteúdo (*dura lex, sede lex*), não é qualquer comando ou preceito normativo que se legitima, mas somente aqueles que se produzem 'dentro da constituição' e especialmente de acordo com sua 'ordem de valores' que, com toda explicitude, expressem e, principalmente, que não atentem, mas que pelo contrário sirvam aos direitos fundamentais.

Os argumentos expendidos pelo Ilustre professor Gustavo Octaviano Diniz Junqueira⁴³ confere especial ênfase ao princípio da legalidade, mormente no que atine à sua aplicação no instituto da transação penal:

Não nos esqueceremos, no entanto, que a Constituição não é formada por artigos esparsos, mas por um todo logicamente ordenado, não apenas *formal* mas também *materialmente*. Assim, a idéia da justiça penal consensual apenas pode ser admitida quando enfocada de forma harmônica com os demais dispositivos da Constituição da República, especialmente o Princípio reitor do Estado Democrático de Direito e o conseqüente Princípio da legalidade.

Neste contexto temos que o princípio da legalidade não deve ser visto sob a

⁴² Garcia de Enterría apud MORAES, Alexandre de. op. cit. p.37.

⁴³ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **LEGALIDADE E TRANSAÇÃO PENAL** – disponível em <http://www.professorsimao.com.br/artigos_convidados_gustavo_junqueira.htm>, acesso em 06.03.2008.

mesma ótica do positivismo clássico. É imperioso reconhecer que a lei resulta da coalizão de forças dos vários grupos sociais, adquirindo, com frequência, contornos nebulosos e egoísticos, fatos que evidenciam a necessidade de submeter a produção normativa a um controle que tome em consideração os princípios de justiça. Ademais, a própria história se encarregou de mostrar as arbitrariedades, brutalidades e discriminações procedidas por leis *formalmente* perfeitas.

Pautados no entendimento de que a lei encontra limite e contorno nos princípios constitucionais, é forçoso admitir que ela reclama não apenas uma legitimação formal, ficando adstrita substancialmente aos direitos positivados na Constituição. Temos então que a lei não vale por si só, dependendo, invariavelmente, de sua adequação aos direitos fundamentais. Nesta linha de raciocínio, o princípio da legalidade, que antes era visto em uma dimensão *formal*, agora recebe uma outra dimensão *substancial*, uma vez que requer a conformação da lei com a Constituição e, principalmente, com os direitos fundamentais.

6.2 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A magnitude e a abrangência deste princípio impossibilitam uma definição única e completa do que este representa para o universo jurídico.

Os juristas Alberto S. Franco e Maurício Zanoíde⁴⁴ construíram uma louvável síntese da relevância deste princípio no direito como um todo. Vejamos:

[...] A cláusula do devido processo legal tornou-se, assim, uma cláusula *mater*, da qual todos os demais princípios constitucionais derivaram, ainda hoje derivam e, da qual, certamente muitos derivarão na evolução dos estudos juspolíticos do processo. Como fonte, o devido processo legal não se resume à soma dos princípios que dele emergem e hoje gozam de autonomia; mais que eles, aquela cláusula os justifica, com eles se combina para revelar a ilegalidade do descumprimento do estabelecido como sistema de garantias e, mais importante, ainda desempenha seu papel fundamental

⁴⁴ FRANCO, Alberto Silva; STOCCO, Rui (Coord.). **Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Vol. 1. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 251

de “cláusula de segurança” para o cidadão, ao garantir ao sistema que dela ainda poderá advir outros tantos e diversos princípios que o tempo, as insuficiências estatais e as falhas humanas mostram necessários.

Emerge destes ensinamentos que o devido processo legal constitui o cerne das garantias inerentes ao processo justo, respaldando outros tantos princípios que conduzem à verdade real. O julgado abaixo transcrito se prende ao mesmo entendimento;

A garantia da plenitude do contraditório e da ampla defesa na instrução processual penal se erige como garantia processual constitucional fundamental, e tem como corolário o princípio constitucional do devido processo legal, que juntos se avultam como preceitos basilares do Estado Democrático de Direito estabelecido na Constituição da República de 1988 (TRF 3ª. R. – HC – Rel. Theotonio Costa – j. 08.02.200 – RT 778/711)

No que atine à aplicação deste princípio no instituto da transação penal é interessante destacar sua essência, consistente na plenitude de defesa, a qual permeia todos os demais princípios que emergem do devido processo legal. Alexandre de Moraes⁴⁵, ao cuidar do tema, construiu uma esclarecedora observação:

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no campo material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito a defesa técnica, a publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável à revisão criminal).

Neste ponto reside um grande dissenso doutrinário, consistente em perquirir se essa plenitude de defesa é efetivamente assegurada ao autor do fato no momento da transação penal.

A esse respeito podemos colacionar alguns posicionamentos encontrados em

⁴⁵ MORAES, Alexandre de. op. cit. p.100.

nossa literatura jurídica.

Ada Pellegrini Grinover⁴⁶, ao defender a constitucionalidade da Lei nº 9.099/95 e fazendo alusão ao instituto da transação penal, assevera que:

[...] a aceitação da proposta de transação, pelo autuado (necessariamente assistido pelo defensor), longe de configurar afronta ao devido processo legal, representa técnica de defesa, a qual pode consubstanciar-se em diversas atividades defensivas: a) aguardar a acusação, para exercer oportunamente o direito de defesa, em contraditório, visando à absolvição ou, de qualquer modo, a situação mais favorável do que a atingível pela transação penal; ou b) aceitar a proposta de imediata aplicação da pena, para evitar o processo e o risco de uma condenação, tudo em benefício do próprio exercício de defesa.

A jurista Maria Lúcia Karam⁴⁷, analisando tal instituto sob a ótica dos direitos fundamentais, entende que a aceitação da proposta resulta na renúncia destes direitos, registrando que:

Fundando-se na renúncia do réu ao direito de exercitar plenamente as garantias advindas da cláusula fundamental do devido processo legal, o procedimento abreviado que visa obter a definição antecipada do processo com a consentida submissão à pena implica a renúncia a direitos fundamentais que se vinculam à essência do Estado Democrático de Direito.

Como bem exposto, no que toca à obediência ao devido processo legal, a transação penal suscita os mais diversos entendimentos, os quais implicam em todos os mais princípios derivados, que passaremos a dissertar.

6.3 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

⁴⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. op. cit. p. 39.

⁴⁷ KARAM, Maria Lúcia. op. cit. p. 42.

A abordagem deste princípio, que embora possua um amplo espectro de significado, tem o condão de propiciar a formulação de três idéias básicas, a primeira defendida por Rogério Schietti Machado Cruz⁴⁸ e as duas ultimas esposadas por Alberto Silva Franco⁴⁹:

há contraditório quando se parte do pressuposto de que o processo é um cenário onde dois personagens, na presença de um terceiro protagonista, com capacidade de optar pela pretensão de um ou pela resistência do outro, terçam armas e procuram, de modo ativo, influir e convencer esse terceiro de que têm razão, estabelecendo-se, assim, entre eles, uma “complexa relação jurídica permeada por faculdades, direitos, poderes, ônus, obrigações e sujeições recíprocas

há contraditório quando se nega; não se aceita como valida; se questiona; se opõe ou se contraria; em resumo, se reage a algo de que se tem conhecimento e que lhe é atribuído. Não basta, a evidência, reagir: é imprescindível que essa reação tenha um determinado nível técnico de forma que possa atuar em igualdade de condições com o acusador.

há contraditório quando houver igualdade entre as partes, isto é, no plano da realidade processual ocorra uma efetiva isonomia de oportunidades.

Desta feita o princípio do contraditório no processo penal é embasado por essas três idéias-chaves, constituindo na verdade o ponto de interseção por onde transitam, de forma indivisível, outros princípios tais como legítima defesa, isonomia e paridade de armas.

Estes também são os ensinamentos de Nelson Neri Júnior⁵⁰, que assevera:

o princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do Estado de Direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e o do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação, quanto o direito de defesa são manifestação do princípio do contraditório.”

No entanto, verifica-se, no momento da transação, que inexiste resistência

⁴⁸ CRUZ, Rogério Schietti Machado. Apud FRANCO in FRANCO, Alberto Silva; STOCCO, Rui (Coord.). op. cit. p. 337.

⁴⁹ Ibid, p. 337.

⁵⁰ NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição da República**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.122.

por parte do suposto autor do fato quando da aceitação da proposta ministerial, vez que somente lhe cabe aceitar ou rejeitar tal proposta, jamais podendo contraditar os fatos aventados.

Abordando aos reflexos da transação penal nos direitos fundamentais, mais especificamente ao contraditório e a ampla defesa, Maria Lúcia Karam⁵¹ dá ênfase à supressão destas cláusulas fundamentais, enquanto discorre que:

Basta destacar a renúncia às garantias da ampla defesa e do contraditório, com todos seus corolários, bem como à própria garantia do estado de inocência, da qual decorre o ônus de que o órgão da acusação acaba dispensado de provar a veracidade dos fatos constitutivos da infração penal alegadamente praticada.

[...]

Previsões legais, sugestões, facilitações ou incentivos de órgãos estatais para que o réu concorde em se submeter à pena, com a renúncia à oportunidade de defesa, com a dispensa dada ao autor da ação penal condenatória de seu ônus de provar a veracidade dos fatos constitutivos da alegada infração penal, com a renúncia à resistência à pretensão punitiva – e, assim, com a renúncia a direitos fundamentais –, certamente são ações estatais que não se mostram adequadas à realização dos fins do Estado Democrático de Direito.

6.4 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

Em consonância com o texto constitucional, o devido processo legal tem como corolários a *ampla defesa* e o *contraditório*, que deverão se assegurados aos litigantes, seja em processo judicial, seja em procedimento administrativo, bem como aos acusados em geral.

Por ampla defesa entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário,⁵²

⁵¹ KARAM, Maria Lúcia. op. cit. p. 42.

⁵² STF - 1ª T. – HC nº 68.929-9/SP – Rel. Min. Celso de Mello – *Diário da Justiça*, 28 de ago. 1992, p. 13.453.

Percorrendo esta mesma linha de pensamento, MORAES⁵³ registra que:

[...] o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.

O Supremo Tribunal Federal ressalta o direito de defesa do réu, afastando qualquer medida que tragam empecilhos ao seu exercício. Vejamos o seguinte julgado:

Respeita-se o princípio constitucional do direito de defesa quando enseja ao réu, permanentemente assistido por defensor técnico, o seu exercício em plenitude, sem a ocorrência de quaisquer restrições ou obstáculos, ilegítimamente criados pelo Estado, que possam afetar a cláusula inscrita em nossa Carta Política, assecuratória do contraditório e de todos os meios e conseqüências derivados do postulado do *due process of Law*. (STF – HC - Rel. Celso de Mello – j. 13.11.1990 – RTJ 133/1.235).

A síntese a que conduz estes enunciados faz emergir fundada discussão em torno da prática transacional, perquirindo se sua aceitação se amolda ou não aos preceitos constitucionais aqui entabulados, sobretudo pelo fato de que tal aceitação redunde em renúncia ao exercício de defesa.

6.5 PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE

A Constituição da República preconiza que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (artigo 5º, inciso LVII), consagrando a presunção de inocência, um dos princípios basilares do Estado de Direito como garantia processual penal, objetivando à tutela da liberdade pessoal.

⁵³ MORAES, Alexandre de. op. cit. p. 100.

No exame construído em torno deste preceito constitucional, Alexandre de Moraes⁵⁴ ensina que:

Dessa forma, há a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio estatal.

O professor Maurício Zanoide, ao cuidar da presunção de não-culpabilidade assinala que não se encontra na jurisprudência uma diferenciação técnico-política entre a presunção de não-culpabilidade, insculpida no artigo 5º, inciso LVII, da Lei Maior, e a presunção de inocência, encartada no artigo 8º, 2, do Pacto de São José da Costa Rica, Convenção Americana sobre Direitos Humanos, incorporado em nosso ordenamento jurídico pelo Dec. 678/92, concertado com o artigo 5º, § 2º, da CR e, também, artigo 14, 2, do Pacto Internacional do Direitos Civis e Políticos, incorporado ao nosso sistema jurídico pelo Dec. 592/92 combinado com o § 2º, do artigo 5º, CR.⁵⁵

Cotejando a presunção de não-culpabilidade e a presunção de inocência o Tribunal de Justiça de São Paulo proferiu o seguinte julgado:

Nossa Constituição da República não presume a inocência, mas declara que 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória' (artigo 5º, inciso LVII), ou seja, que o acusado é inocente durante o desenvolvimento do processo e seu estado só se modifica por uma sentença final que o declare culpado (TJSP – HC – Rel. Octávio Gallotti – RJTJ 150/326).

Ainda, no que se aplica ao instituto da transação penal, é cabível colacionar aresto do Superior Tribunal Federal proferido nos seguintes termos:

⁵⁴ MORAES, Alexandre de. op. cit. p.112.

⁵⁵ FRANCO, Alberto Silva; STOCCO, Rui (Coord.). op. cit. p. 696.

Não constitui demasia enfatizar, neste ponto, que o princípio constitucional da não-culpabilidade, além de incidir precipuamente no ônus de provar a culpa daquele a quem se atribuiu a prática de um crime, *também* consagra, em nosso sistema jurídico, uma *regra de tratamento* que *impede* o Poder Público de *agir e de se comportar*, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado e ao réu, *como se estes* já houvessem sido condenados *definitivamente* por sentença do Poder Judiciário (STF – 2ªT – HC 80.530-2 Rel. Celso de Mello – j. 08.11.2000 – DJU 14.11.2000, p.40)

Na defesa de que a transação penal não tem o condão de infringir as garantias asseguradas pelo princípio da presunção de inocência, Ada Pellegrini⁵⁶ lança mão dos seguintes argumentos:

[...] no sistema da Lei nº 9.099/95, a aceitação da imposição imediata da pena não corresponde a qualquer reconhecimento de culpabilidade penal (e, alias, nem mesmo de responsabilidade civil). [...] a figura que mais se aproxima do instituto pátrio é a do *nolo contendere* (não quero litigar), pelo qual o interessado simplesmente prefere a via do *consenso* à do *conflito*. Muito se tem escrito e discutido sobre essa dicotomia no direito penal (consenso e conflito), e não é possível sustentar, em sã consciência, que a transação do direito brasileiro vulnera a presunção de inocência.

Conclui, ainda, ressaltando que:

O certo é que o estado de inocência não cede perante a transação penal, e quem a aceita continua sendo considerado inocente, tanto quanto o acusado submetido a processo.

Maria Lúcia Karam⁵⁷ aborda este estudo sob o tema “A consentida submissão à pena e o retorno à prevalência da confissão”. E aduz ao longo de sua obra:

A introdução do procedimento abreviado, visando obter a definição antecipada do processo com a consentida submissão à pena, vem reforçar esta tendência pós-moderna que reconduz a confissão ao trono de rainha das provas.

Ainda que a consentida submissão à pena não implique admissão expressa

⁵⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. op. cit. p. 39.

⁵⁷ KARAM, Maria Lúcia. op. cit. p. 44.

de culpabilidade, mas somente a não-resistência à pretensão punitiva, como ocorre no ordenamento jurídico brasileiro, a ideologia entronizadora da confissão se faz nitidamente presente.⁵⁸

De um prisma sob qual a aceitação da proposta resulta reconhecimento de culpa, Cesar Roberto Bitencourt⁵⁹ leciona que:

Nesta transação, o autor do fato sofre a imposição de uma sanção penal. No momento em que o autor do fato aceita a aplicação imediata da *pena alternativa*, está *assumindo a culpa*, o que é natural em razão do princípio *nulla poena sine culpa*. Não mais poderá discuti-la, ressalvada a possibilidade de revisão criminal

Assevera o citado jurista que a presunção de inocência encartada na Constituição da República é *iuris tantum*, e cede ante a existência de prova em contrário, como ocorre no momento da aquiescência do autor do fato, no ato transacional.⁶⁰

Como se pode inferir, mesmo buscando subsídios na doutrina mais autorizada, a questão se revela intrincada quando se discute suposta violação do princípio da presunção da não-culpabilidade na aplicação do instituto da transação penal.

Com muita propriedade, José Laurindo de Souza Netto⁶¹ consigna que não resta dúvida de que o sistema do Juizado não viola o princípio da presunção de inocência, discorrendo que a Lei nº 9.099/95 não fez depender a transação e a suspensão do processo a prévio reconhecimento da culpabilidade.

⁵⁸ Ibid, p.46-47.

⁵⁹ BITENCOURT, Cesar Roberto. op. cit. p. 103.

⁶⁰ Ibid, p. 107.

⁶¹ SOUZA NETTO, José Laurindo de. **modificações da lei dos juizados especiais criminais à luz dos princípios processuais**. 1 .ed. 2. tiragem. Curitiba:Juruá,1999., p. 113-114.

CONCLUSÃO

O estudo desenvolvido permitiu constatar que a imagem de Estado que detém o poder dever de perseguir penalmente toda e qualquer infração, sem tolerar em hipótese alguma, certa dose de disponibilidade da ação penal pública, tem se mostrado ultrapassada e falsa.

O posicionamento dominante, nas mais diversas literaturas jurídicas, preconizam a falência do sistema punitivo pautado na privação da liberdade, fato que pode ser amplamente corroborado pelos diversos acontecimentos registrados pela mídia acerca do sistema carcerário em no país.

Aliado à esta concepção, a comunidade jurídica universal tem envidado esforços no sentido de aprimorar os tipos de penas cominadas aos ilícitos praticados. Neste sentido, percebeu-se que a solução das controvérsias penais decorrente de certas infrações podem ser levadas a cabo pelo método consensual.

Destarte, as penas alternativas têm se mostrado um instrumento hábil para contornar o problema apontado. No Brasil estas modalidades de penas foram incorporadas ao ordenamento jurídico pátrio por meio da reforma penal de 1984, quando então o legislador, por meio da Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, as inseriu expressamente na modificação introduzida no art. 43 do Código Penal Brasileiro. Ratificando estas tendências a Constituição da República de 1988 adotou expressamente outras modalidades de penas diversas da privação de liberdade. Ainda, com o mesmo desiderato, foi editada a Lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998, que alterou os arts. 43 e seguintes do Código Penal, criando novas alternativas à prisão: prestação pecuniária, perda de bens e valores e prestação de

serviços a entidades públicas.É inevitável concluir pelos benefícios ínsitos ao procedimento adotado no Juizado Especial Criminal, por consequência na transação penal, apurados no curso desta pesquisa. O procedimento oral, praticado em sua verdadeira essência, promove a imediação e a identidade física do juiz, culminando com a desburocratização e simplificação da Justiça, decorrente da celeridade que acompanha a oralidade. Este fato, atrelado aos demais critérios orientadores do procedimento albergado pelo juizado, têm promovido a efetividade processual, permitindo ao judiciário alcançar um processo de resultados.

No que tange à observância do devido processo legal no momento da proposta e aceitação da transação penal a doutrina é fragmentada. Parte da doutrina entende que o processo é efetivamente desenvolvido, como a jurista Maria Lúcia Karam, e que a aceitação da proposta resulta de um ato de disposição de vontade do suposto autor do fato em exercer os direitos inerentes à ampla defesa e o contraditório, com todas as demais garantias que defluem destes princípios. A nosso sentir, em que pese os argumentos expendidos pela autora de que estes direitos podem ou não serem exercitados, cabe-nos discordar desta assertiva, uma vez que entendemos que não se pode dispor daquilo que é indisponível, ainda mais quando se cuida de garantias insculpidas em cláusulas pétreas de nosso Texto Maior, pelo que entendemos descabida tal tese.

Outra corrente assevera que a transação penal se dá no campo extra processual, uma vez que não há oferecimento de denúncia nem tampouco a tipificação da infração praticada, e, ainda assim, o contraditório e a ampla defesa são exercitados pelo suposto autor do fato, visto que pode aceitar ou recusar a proposta formulada pelo *Parquet*.

Com a devida *venia*, pensamos que o exercício destas faculdades, destinadas acima de tudo a preservar a dignidade da pessoa humana, vão muito além da mera opção de aceitação ou rejeição da proposta. Tomar por base estas assertivas seria aviltar toda uma construção histórica em torno da dignidade humana, conquistada às duras penas pela humanidade.

Doutro prisma, comungar do entendimento sufragado por Ada Pellegrini, de que a regra contida no inc. I do art. 98 da Constituição da República tem o condão

de excepcionar o princípio do devido processo legal, em virtude de figurarem no mesmo plano hierárquico, resulta em desprestigiar frontalmente a hierarquia das normas. De fato o constituinte originário previu a criação dos juizados especiais, como também manifestou expressamente a inclusão da transação em casos de infrações de menor potencial ofensivo. Contudo não permitiu ao legislador infraconstitucional suprimir qualquer garantia constitucional quando de sua regulamentação. A justificativa da supressão do devido processo legal na acepção supra aventada fragiliza todo o ordenamento jurídico, vez que permite que norma infraconstitucional afaste uma garantia assegurada em cláusula pétrea de nosso Texto Maior.

Poderia aqui invocar a relativização dos direitos fundamentais, a fim de conferir legitimidade ao instituto, porém a história é copiosa em resultados trágicos originados nessa prática. Como exemplo podemos citar a Alemanha, em que boa parte das insanidades praticadas por Hitler originaram-se na relativização de garantias fundamentais.

A evidência que se extrai das pesquisas implementadas é que existe uma certa parcimônia quanto à infringência do devido processo legal com o fito de contemplar este novo modelo de justiça consensuada, porquanto confere muitas benesses à prestação jurisdicional.

Nesta linha de pensamento podemos consignar que a legalidade do instituto da transação penal, nos moldes em que se apresenta no art. 76 da Lei 9.099/95, resta prejudicada. Embora o dispositivo em comento esteja em perfeita consonância com os preceitos formais normativos de nosso ordenamento percebe-se flagrante violação material quando admite a aplicação imediata de pena não privativa de liberdade antes mesmo do oferecimento da acusação. Desta via, tendo em conta que a nossa Lei Maior não é formada por artigos esparsos, mas por um todo logicamente ordenado, formal e material, somente poderíamos admitir a transação penal de forma harmônica com os demais dispositivos da Constituição da República, notadamente o princípio reitor do Estado Democrático de Direito, qual seja, o Princípio da Legalidade.

Vislumbra-se, por conseguinte, a mitigação da ampla defesa e do

contraditório, tornando irrisórios seus exercícios quando reduz estes à faculdade de aceitar ou rejeitar a proposta ministerial. Bem sabemos que a proposta de transação penal representa um contrato de adesão penal, em que ao autor do fato cabe “pegar ou largar o pacote”. Também é notória a coação psicológica imputada ao suposto autor do fato para transacionar, de sorte que somente as pessoas com grau de esclarecimento mais elevado, mesmo que assistidas por defesa técnica, conseguem esquivar-se do constrangimento gerado diante de uma recusa em audiência preliminar. O desconforto, originado não-aceitação imediata da proposta, produz na parte a sensação de que está afrontando ao Poder Judiciário e o Ministério Público concomitantemente, e que ambos serão seus opositores em uma eventual ação.

Avaliando o cunho despenalizador do instituto transacional podemos concluir que o que ocorre efetivamente é uma política de descarcerização no momento de sua aplicação. O autor do fato que aceita a proposta ministerial não deixa de ser submetido à uma sanção penal, imposta coativamente pelo ente estatal. Somente lhe é assegurado não ser submetido à pena privativa de liberdade, livrando-o do cárcere.

Por fim, em face de todas as benesses que acompanham o instituto da transação penal como meio de solução consensual dos conflitos posta à apreciação do judiciário, não há como rechaçar sua eficácia. Porém, a lição colhida no desenvolver deste trabalho traz à lume algumas afrontas à princípios regedores do Estado Democrático de Direito quando de sua aplicação.

São questões que seriam cabalmente combatidas se a proposta transacional fosse assegurada ao autor do fato imediatamente após o recebimento da denúncia, onde pudesse avaliar o conjunto dos fatos ora imputados e exercer seu direito de defesa. A prestação jurisdicional guardaria a celeridade desejada, uma vez que o rito processual seria pautado pelos mesmos critérios norteadores dos juizados especiais, e a resposta estatal guardaria a devida consonância com nosso ordenamento jurídico e os mais basilares princípios de direito.

REFERÊNCIAS

- BIANCHINI, Alice. **Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal** . São Paulo: RT, 2002.
- BITENCOURT, Cesar Roberto. **Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão** – 3. Ed. rev. Ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 28. ed. Tradução de Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes, 2004.
- FRANCO, Alberto Silva; STOCCO, Rui (Coord.). **Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Vol. 1. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados Especiais Criminais: Lei nº 9.099/95** – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo penal**. São Paulo: RT, 1995.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, **As garantias constitucionais do direito de ação**. RT, 1973.
- GRINOVER Ada Pellegrini; ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 14 a edição. São Paulo: Malheiros. 1998
- GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. **Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei nº 9.099, de 26.09.1995** – 4. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei 10.259/2001. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. **Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei nº 9.099, de 26.09.1995** – 3. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

JESUS, Damásio E. de. **Juizados especiais**. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Lei dos Juizados Especiais Anotada**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Lei dos juizados especiais criminais anotada** – 4. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 1997.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **LEGALIDADE E TRANSAÇÃO PENAL** – disponível em<http://www.professorsimao.com.br/artigos_convidados_gustavo_junqueira.htm>, acesso em 06.03.2008.

KARAM, Maria Lúcia. **Juizados especiais criminais: A concretização antecipada do poder de punir; prefácio Alberto Silva Franco**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da Legalidade Penal**. São Paulo: RT, 1994.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Juizados especiais criminais: comentários, jurisprudência, legislação** – 2. ed. – São Paulo: Atlas, 1997.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22. ed. – São Paulo: Atlas, 2007.

NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição da República**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995

OLIVEIRA, Edmundo. **Política criminal e alternativas à prisão**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PEDROSA, Ronaldo Leite. **Juizado Criminal - Teoria e Prática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

PITOMBO, Antônio Sérgio A de Moraes (org). **Juizados Especiais Criminais**. São Paulo: Malheiros. 1997.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1996.

ROBALDO, José Carlos de Oliveira. **Juizado Especial: Experiência que deu certo**.

Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 12, 1995.

SCARANCE FERNANDES, Antônio. **Processo Penal Constitucional**. 2a edição. São Paulo: RT, 2000.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. **modificações da lei dos juizados especiais criminais à luz dos princípios processuais**. 1 .ed. 2. tiragem. Curitiba:Juruá,1999.

SZNICK, Valdir. **Penas Alternativas**. 2. Ed. São Paulo: Leud, 1999.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 15 a edição. São Paulo: Malheiros, 1999

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais**. 2 a edição. São Paulo: Saraiva, 2002.